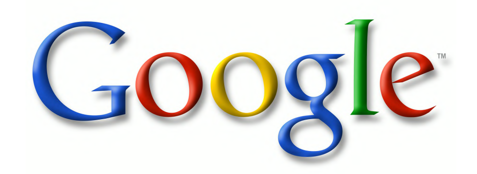
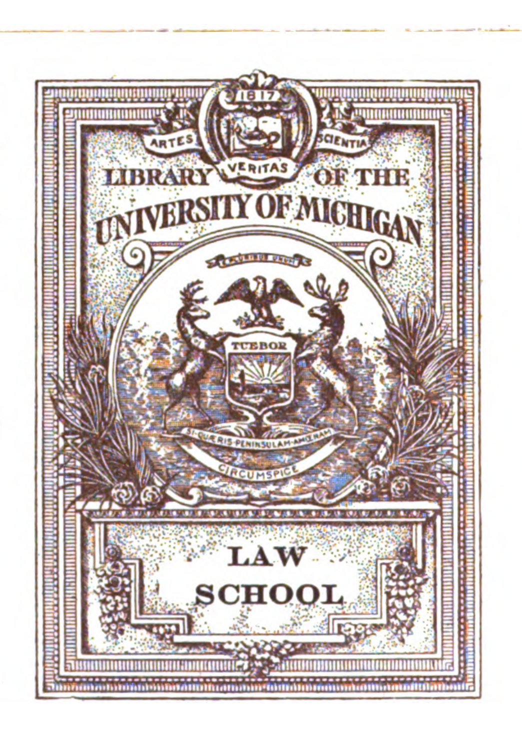








1817
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUÆRIS PENINSULAM AMŒNAM
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL



Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes

Von

Dr. Ernst Blumenstein

ordentl. Professor der Rechte an der Universität Bern





Bern

Druck und Verlag von K. J. Wyss

1911

Vorwort.

Originell, von den herkömmlichen Einrichtungen vielfach abweichend regelt der schweizerische Gesetzgeber das Recht der Forderungsexekution als ein in sich geschlossenes Ganzes. Eine systematische Darstellung unseres Schuldbetreibungsrechtes schien mir deshalb neben dem wissenschaftlichen Interesse, das sie bietet, auch einen praktischen Zweck zu erfüllen. Ist doch eine befriedigende Rechtsanwendung für verschiedene durchaus eigenartig aufgebaute Institute der Materie ohne ein Zurückgehen auf die gemeinsamen Zusammenhänge nur schwer denkbar.

Angesichts der doppelten Aufgabe, welche ich mir gesetzt habe, bemühte ich mich, nicht nur mit der Literatur, sondern auch mit der ausgedehnten und sorgfältigen Judikatur, welche das zwanzigjährige Bestehen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs gezeitigt hat, in engem Kontakt zu bleiben, ohne freilich meinen Ehrgeiz in eine lückenlose Zusammenstellung aller irgendwo gedruckten Entscheide zu setzen. Wo ich — namentlich in Kompetenzfragen — auf Grund der von mir befolgten Methode zu andern Lösungen gelangte, als sie bisher für richtig angesehen wurden, mag man sie prüfen und beurteilen.

Die äussere Einrichtung des Handbuchs (Sachregister und Gesetzesregister) nimmt auf die Bedürfnisse des Praktikers möglichst Rücksicht, so dass die Arbeit vielleicht gerade jetzt, wo einerseits der bisherige Rechtsbestand einschneidende Änderungen erleidet, anderseits die bewährten und beliebten Kommentare von Jaeger und von Weber und Brüstlein seit einem Jahrzehnt keine neue Bearbeitung erfahren haben, einem Bedürfnis entgegenkommen möchte.

Aus verschiedenen Gründen musste das Werk in acht Lieferungen (Herbst 1908 bis Sommer 1911) zur Ausgabe gelangen. Daher kommt es, dass die Berücksichtigung der neuesten Literatur und Judikatur, sowie der Verordnungen und Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer nicht für alle Partien des Buches gleich weit reicht.[1]) Das Notwendigste wurde in den «Nachträgen», Seite 931 ff. — wenigstens andeutungsweise — nachgeholt. Diese und andere Unebenheiten, welche in einem Buche wie dem vorliegenden kaum zu vermeiden sind, wolle man ihm zu Gute halten.

Bern, im Juli 1911.

E. Blumenstein.

---

[1]) Hier mag auch gleich bemerkt werden, dass die Zitierung der schuldbetreibungsrechtlichen Bestimmungen des schweiz. Zivilgesetzbuches nach der Nummerierung in der ursprünglichen Fassung (Schlusstitel, Art. 60) und nicht nach der durch das Bundesgesetz vom 30. März 1911 abgeänderten (Schlusstitel, Art. 58) erfolgt.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Allgemeiner Teil.

I. Kapitel. Die Behördenorganisation.

IX. Kapitel. **Der Nachlassvertrag.**

Verzeichnis der gebräuchlichsten Abkürzungen.

A = Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs; die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die arabischen die Nummer der Entscheidung (A X, 20 = Archiv Band 10, Nr. 20).

B = Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs; die arabischen Ziffern bedeuten den Artikel.

BBl = Schweizerisches Bundesblatt; die römischen Ziffern bedeuten die Abteilungen des betreffenden Jahrganges, die arabischen die Seite.

BE = Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes, amtliche Sammlung; die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die eingeklammerten arabischen Ziffern die Abteilung des betreffenden Bandes, die nicht eingeklammerten arabischen Ziffern die Nummer der Entscheidung (BE XXX (1), 10 = Bundesgerichtliche Entscheidungen, Band 30, erste Abteilung, Nr. 10).

BV = Schweizerische Bundesverfassung vom 19. April 1874; die Ziffern bedeuten die Artikel.

EG = Kantonales Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs; die Ziffern bedeuten die Artikel.

OG = Bundesgesetz vom 22. März 1893 über die Organisation der Bundesrechtspflege; die Ziffern bedeuten die Artikel.

OR = Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht; die Ziffern bezeichnen die Artikel.

Revue = Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts; die römischen Ziffern bedeuten den Band, die arabischen die Nummer.

SchwJZ = Schweizerische Juristen-Zeitung; die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die arabischen die Seite.

Verordnung Nr. 1 = Reglement über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register und die Rechnungsführung, vom 18. Dez. 1891.

Verordnung Nr. 2 = Reglement über den von den kantonalen Aufsichtsbehörden zu führenden Titel und die Einreichung von Beschwerden, vom 24. Dez. 1892.

Verordnung Nr. 3 = Bundesratsbeschluss betr. die Betreibungs- und Konkursstatistik, vom 21. Nov. 1893.

ZBJV = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins; die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die arabischen die Seite.

ZGB = Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; die Ziffern bedeuten die Artikel.

ZGBE = Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum schweiz. Zivilgesetzbuch; die Ziffern bezeichnen die Artikel.

ZschwR = Zeitschrift für schweizerisches Recht; die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die arabischen die Seite; NF = neue Folge.

Brand und Wasem = Sammlung der kantonalen Einführungsgesetze zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, herausgegeben von Brand und Wasem.

Jaeger = Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, für den praktischen Gebrauch erläutert von C. Jaeger.

Weber und Brüstlein = Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, für den praktischen Gebrauch erläutert von Weber und Brüstlein.

Reichel = dasselbe, zweite Auflage, unter Benutzung der Praxis vollständig umgearbeitet und vermehrt von A. Reichel.



Errata.

Seite 17, 1. Zeile lies B 271, Ziff. 1 und 2 statt Al. 1 und 2.
Seite 54, Zeile 9 v. oben lies Al. 1 statt Al. 2.
Seite 56, Zeile 9 v. oben lies B 5, Al. 2 statt B 4.
Seite 58, Note 42, Zeile 6 lies A VI, 16 statt A IV, 16.
Seite 71, Zeile 9 v. oben lies B 15, Al. 2 statt Al. 3.
Seite 81, Zeile 2 v. oben lies B 160, Ziff. 4 statt Ziff. 3.
Seite 82, Zeile 8 v. oben lies ZGBE 60 statt 61.
Seite 83, Note 36, letzte Zeile lies B 136 bis; ZGBE 60 statt B 137 bis; ZGBE 61.
Seite 89, Note 55, letzte Zeile lies XXV (1), 72, XXXIII (1), 138 statt XXXV (1), 72, XXIII (1), 138.
Seite 99, Zeile 13 v. oben lies Art. 188 OG statt 180.
Seite 107, Zeile 11 v. oben lies 278 statt 287.
Seite 109, Zeile 5 v. unten lies B 155 statt 153.
Seite 119, Zeile 13 v. oben lies III statt II.
Seite 129, Zeile 20 v. oben lies B 169, Al. 2 statt B 69, Al. 2.
Seite 159, Zeile 7 v. oben lies — oder Kommanditaktiengesellschaft statt oder Kommanditgesellschaft.
Seite 161, Note 35, Zeile 7 lies BE XXX (1), 135 statt BE XXX (1), 35.
Seite 189, Zeile 25 v. oben lies IV statt III.
Seite 197, Zeile 30 v. oben lies B 7 statt B 7, 292.
Seite 228, Zeile 4 v. oben lies B 64, Al. 1 statt B 65, Al. 1.
Seite 228, Zeile 13 v. oben lies B 65, Al. 2 statt Al. 1.
Seite 238, Zeile 28 v. oben lies B 67, Al. 1 statt B 65.
Seite 243, Zeile 13 v. oben lies sechs statt fünf.
Seite 245, Zeile 12 v. oben lies Bestreitungsfrist statt Betreibungsfrist.
Seite 266, Zeile 14 v. oben lies Tarif 58 statt 28.
Seite 347, Zeile 9 v. oben lies vergl. § 33, statt vergl. 333.
Seite 354, Zeile 27 v. oben lies V statt IV.
Seite 477, Zeile 21 v. oben lies B 141 statt 241.
Seite 733, Zeile 13 v. oben lies 1901 statt 1895.

Einleitung.

§ 1.

Schuldbetreibung und Schuldbetreibungsrecht.

I. Der Begriff der Schuldbetreibung.

Unter Schuldbetreibung oder Betreibung schlechtweg versteht man die rechtliche Eintreibung von Ansprüchen, d. h. die Belangung eines bestimmten Schuldners für dieselben mit Hülfe der staatlichen Gewalt auf dem Vollziehungsweg. Der Ausdruck ist spezifisch schweizerischer Herkunft und stammt aus frühern kantonalen Rechten, wo er die jeweilen daselbst geltende Art und Weise der Zwangsvollstreckung bezeichnete.[1])

Auch die schweiz. Bundesgesetzgebung gebraucht den Ausdruck Schuldbetreibung für eine ganz bestimmte Institution staatlicher Zwangsvollstreckung, welche sich durch besondere Voraussetzungen, besonderes Objekt und besondere Ausführungsart charakterisiert. Auf dem Wege der Schuldbetreibung werden nämlich die Zwangsvollstreckungen durchgeführt, welche auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind. Die Schuldbetreibung beginnt mit der Zustellung des Zahlungsbefehles und wird entweder auf dem Wege der Pfändung oder der Pfandverwertung oder des Konkurses fortgesetzt. (B 38, Al. 1 u. 2; vergl. § 16 hienach).

Schuldbetreibung bedeutet demnach hier einen Gesamtbegriff und umfasst einerseits das zur Einleitung, bezw.

[1]) Vergl. v. Wyss: Die Schuldbetreibung nach schweiz. Rechten, ZschwR VII, S. 82 ff; Heusler: Die Bildung des Konkursprozesses nach schweiz. Rechten. ZschwR VII S. 117 ff.

Herbeiführung der Zwangsvollstreckung notwendige Verfahren und andererseits eine bestimmte Vollstreckungsart bestehend entweder in der Spezialexekution (Pfändung oder Pfandverwertung) oder aber in der Generalexekution (Konkurs).

Dabei ist allerdings zu bemerken, dass der Konkurs als solcher unter gewissen Voraussetzungen auch ohne einleitendes Verfahren eröffnet werden kann (Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung; B 190 ff). Ferner aber liegt es in seiner rechtlichen Natur als Generalexekution, dass, wenn er einmal eröffnet ist, darin auch Ansprüche vollstreckt werden können, welche, weil nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautend, den Gläubiger nicht zur Anbahnung der Zwangsvollstreckung im Sinne des Schuldbetreibungsverfahrens ermächtigen würden. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet geht also der Konkurs in gewisser Beziehung über den Rahmen der Schuldbetreibung im oben erwähnten technischen Sinn hinaus. Um diesem Umstande Rechnung zu tragen, wählt denn auch der die Materie regelnde Haupterlass, das Bundesgesetz vom 11. April 1889, den Titel Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.

Es geht aber nicht nur aus dem oben zitierten Wortlaut in B 38, sondern auch aus der ganzen Anlage des Gesetzes hervor, dass der Konkurs als Bestandteil der Schuldbetreibung im weitern Sinn aufgefasst und behandelt wird, während seine selbständige Wirkung nur als Nebenerscheinung in Betracht fällt. Die Art und Weise seiner Äusserung ist im einen wie im andern Fall die nämliche.

Schuldbetreibung im hier gebrauchten Sinne bedeutet demnach die bundesrechtlich (durch das Bundesgesetz vom 11. April 1889) geregelte Art der Zwangsvollstreckung in allen ihren Äusserungen.

II. Schuldbetreibungsrecht.

Nach dem oben Ausgeführten stellt das Schuldbetreibungsrecht den Inbegriff derjenigen Rechtsnormen dar,

welche die Schuldbetreibung im technischen Sinn, d. h. die von der Bundesgesetzgebung vorgesehene Art und Weise der Zwangsvollstreckung regeln. Nicht darin inbegriffen sind also einerseits diejenigen Fälle einer Zwangsvollstreckung, welche durch das Bundesgesetz vom 11. April 1889 ausdrücklich ausgeschlossen werden und anderseits diejenigen, welche, stillschweigend dem kantonalen Recht zur Normierung überlassen worden sind.

Die rechtliche Zugehörigkeit des Schuldbetreibungsrechtes ist infolge seiner nationalen Eigenart nicht ganz leicht festzustellen. Im Sinne der hergebrachten Systematik wäre man versucht, es ohne weiteres dem Zivilprozessrecht zuzurechnen, handelt es sich doch in beiden Fällen um die Regelung staatlicher Rechtsschutzfunktionen. Dem steht aber entgegen, dass die Schuldbetreibung der zivilprozessualen Urteilsvollstreckung nicht ohne weiteres gleichkommt. Einerseits nämlich ermöglicht sie — wie aus B 38 hervorgeht — die Vollstreckung eines durch Urteil festgestellten Anspruches für den Gläubiger nur dann, wenn dieser Anspruch auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtet ist. Andererseits aber dient sie begrifflich auch der Vollstreckung solcher Ansprüche, die sich nicht auf ein Urteil gründen. In diesen Fällen stellt sie demnach unter keinen Umständen einen Teil des Zivilprozessverfahrens dar. Vielmehr tritt sie hier gleichsam als ein Surrogat des Zivilprozesses auf, welches nach gewissen Richtungen hin ähnliche Wirkungen erzielt wie jener selbst. Im fernern aber ist auch die Organisation der Schuldbetreibung vom Zivilprozessrecht durchaus unabhängig. Wenn auch die ordentlichen Gerichtsbehörden in gewissen Punkten des Schuldbetreibungsverfahrens zur Mitwirkung angerufen werden, so trägt doch ihre Tätigkeit dabei lediglich den Charakter betreibungsrechtlicher Hülfsfunktionen, sofern es sich nicht geradezu um die Beurteilung eines bloss zufälligerweise mit dem Betreibungsverfahren in Verbindung stehenden Zivilrechtsstreites handelt (vergl. § 11 hienach).

Das eigentliche Schuldbetreibungsverfahren, und namentlich die Organisation der damit betrauten Behörden,

tragen eher verwaltungsrechtlichen Charakter, wie denn auch das schweizerische Recht mit Vorliebe die Vollstreckung direkt als einen Teil der administrativen Tätigkeit bezeichnet; vergl. BV 102, Ziff. 5.

Infolge aller dieser Verumständungen baut sich das System des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes im wesentlichen auf durchaus selbständigen Rechtsgrundlagen auf. Es muss deshalb auch als selbständiges Institut zur Darstellung gelangen.

§ 2.
Die Entstehung des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes.[1]

Infolge des grossen Interesses, welches Handel und Industrie an einer rationellen Regelung der Zwangsvollstreckung besitzen, hat der wachsende Verkehr und der wirtschaftliche Aufschwung unseres Landes verhältnismässig ziemlich früh Bedürfnis und Wunsch nach einer Vereinheitlichung dieser Rechtsmaterie aufkommen lassen. Die bunte Menge fünfundzwanzig verschiedenartiger kantonaler Exekutionsordnungen,[2]) wie sie vor Erlass des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs bestand, musste bei einem einigermassen lebhaften Forderungsverkehr, namentlich von der Handelswelt, als ein störendes Hindernis empfunden werden.

Es war denn auch in einer Versammlung von Kantonsabgeordneten, welche die Massnahmen zur Herstellung eines schweizerischen Handelsrechtes, bezw. Obligationenrechtes beriet, wo am 4. Juli 1868 der Antrag gestellt und angenommen wurde, es sei der Bundesrat zu ersuchen, «ein allgemeines schweizerisches Konkursrecht und den

---

[1]) Vergl. Burckhardt, Kommentar zur Bundesverfassung, S. 645 ff; Weber und Brüstlein (Vorwort) S. I—VII; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 6. April 1886, S. 3 ff.; Reichel, in Reichesbergs Handwörterbuch der Schweiz. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung Bd. I, S. 527 ff.

[2]) Vergl. v. Wyss a. a. O. S. 82 ff.

Entwurf zu einem allgemeinen Betreibungsrecht» ausarbeiten zu lassen. Während diesem Antrag der Gedanke eines Konkordates zwischen den einzelnen Kantonen zu Grunde lag, gingen dem Bundesrat noch im nämlichen Jahre aus dem Schosse privater Vereinigungen (Handels- und Gewerbeverein Glarus und schweizer. Juristenverein) Anregungen zu, welche nebst andern Gegenständen das Zwangsvollstreckungsrecht auf dem Wege der eine Revision der Bundesverfassung erheischenden Bundesgesetzgebung geregelt wissen wollten.

Der Bundesrat gab dem Kommissionsantrag vom 4. Juli 1868 unverzüglich Folge, indem er Prof. Dr. Andreas Heusler in Basel mit der Ausarbeitung eines Entwurfes zu einem einheitlichen Betreibungs- und Konkursrecht beauftragte und zugleich zur Vorberatung des Gegenstandes eine Kommission einsetzte. Dank der Energie des bestellten Redaktors konnte dieser Kommission bereits im Jahre 1869 ein Entwurf vorgelegt werden, welcher von ihr bis anfangs 1870 in zweimaliger Lesung durchberaten wurde. Inzwischen hatten schon die Vorarbeiten zu einer Totalrevision der Bundesverfassung eingesetzt, deren Entwurf in Art. 55 die Vorschrift enthielt: «Die Gesetzgebung über das Zivilrecht mit Einschluss des Verfahrens ist Bundessache»,[3]) womit auch die Basis für eine bundesgesetzliche Regelung der Vollstreckung geschaffen worden wäre. Mit Rücksicht hierauf, sowie veranlasst durch die kriegerischen Ereignisse der Jahre 1870/71, wurde die Arbeit am Gesetzesentwurf vorläufig eingestellt. Nachdem aber unter dem 12. Mai 1872 die Verfassungsrevision vom Volke abgelehnt worden war, nahm die Expertenkommission ihre Tätigkeit wieder auf, stellte den Entwurf in dritter Lesung fest und beauftragte den Redaktor mit der Ausarbeitung der Motive. Der Bundesrat hatte nämlich schon vor Anhandnahme der Verfassungsrevision (in seinem Geschäftsbericht für das Jahr 1869) festgestellt, dass die Arbeiten am Betreibungs-

---

[3]) Vergl. Burckhardt a. a. O., S. 247; Schollenberger, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, S. 40 ff.



recht fortgesetzt werden sollten, gleichviel, ob der Entwurf auf dem gesetzlichen oder bloss auf dem Konkordatswege zur Geltung gelangen könne. Die Motive waren im Frühling 1873 vollendet. Inzwischen hatten die Vorarbeiten für eine neue Totalrevision der Verfassung wiederum eine Unterbrechung der Kommissionsarbeiten herbeigeführt. Dafür brachte die am 19. April 1874 vom Volke angenommene Bundesverfassung in ihrem Art. 64 die Grundlage zu einer bundesgesetzlichen Normierung des Betreibungsverfahrens und des Konkursrechtes. Schon im Mai 1874 beendigte die Kommission ihre Arbeiten und brachte den Entwurf zu einem «Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs» zur Veröffentlichung. Dieser Enwurf wurde einerseits den Kantonsregierungen zur Vernehmlassung zugesandt,[4]) anderseits setzte der Bundesrat zu seiner weitern Prüfung eine zweite erweiterte Expertenkommission ein. Dieselbe veröffentlichte als Frucht ihrer Arbeit einen «Zweiten Entwurf». Beide Entwürfe sehen als Hauptart der Zwangsvollstreckung, welche für alle nicht pfandversicherten Forderungen sowie für den nicht gedeckten Betrag von Pfandforderungen Anwendung finden sollte, den Konkurs, d. h. die Generalexekution vor, während pfandversicherte Forderungen in erster Linie durch Versteigerung des Pfandes realisiert werden sollten.[5]) Dieses System fand in den meisten Kantonen nicht die Billigung der um ihre Ansichtsäusserung angegangenen Behörden, indem es zu sehr von dem in diesen Kantonen Hergebrachten abwich. Aber auch in der Expertenkommission selbst stiess es bei einer aus den französischen Mitgliedern zusammengesetzten Minderheit, an deren Spitze der nachmalige Bundesrat Louis Ruchonnet stand, auf Widerspruch. Dieselbe arbeitete ihrerseits einen Gegenentwurf mit Mo-

---

[4]) Vergl. «Mitteilungen aus den Eingaben kantonaler Behörden zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs.» Bern, 1874.

[5]) Vergl. im übrigen eine gedrängte Darstellung des hauptsächlichsten Inhaltes in der bundesrätlichen Botschaft vom 6. April 1886, S. 7 ff.

tiven aus, welcher 1875 in französischem, 1876 in deutschem Text erschien. Dabei wurde als der hauptsächlichste Weg der Exekution das Pfändungsverfahren vorgesehen, während der Konkurs nur in einigen wenigen, vom Gesetz genau umschriebenen Fällen stattfinden sollte.[6] Die erweiterte Expertenkommission selbst nahm vorläufig zu diesem Entwurf noch nicht Stellung, indem sie beschloss, ihre Beratungen zu unterbrechen, bis das eidg. Obligationenrecht Gesetz geworden sei.

Im Jahre 1877 forderte der damalige Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes, Anderwerth, den Kantonsrichter Bärlocher in St. Gallen auf, einen neuen Gesetzesentwurf auszuarbeiten, welcher auf dem Boden des in der Ostschweiz verbreiteten sog. Schatzungs- oder Pfändungssystems stehen sollte. Dieser Entwurf wurde im März 1880 eingereicht und erschien 1881 im Druck.[7]

Unterdessen — im November 1879 — war beim Bundesrat eine vom Verein schweizerischer Geschäftsreisender ausgehende, mit 32,067 Unterschriften bedeckte Petition eingelangt, worin der beförderliche Erlass eines «eidgenössischen Rechtstriebs- und Konkursgesetzes» verlangt wurde.[8] Unter dem 1. Juni 1881 brachte der genannte Verein seine Petition den eidgenössischen Räten in einem Schreiben neuerdings in Erinnerung. Aber auch der schweizerische Juristenverein fasste auf seiner Jahresversammlung in Zug am 5. Sept. 1881 eine Resolution, worin der Bundesrat ersucht wurde, den Entwurf des Gesetzes über das Betreibungs- und Konkursverfahren mit möglichster Beförderung den eidgenössischen Räten zur Beratung vorzulegen. Zugleich sprach der Verein darin, gestützt auf ein

---

[6] Vergl. Botschaft vom 6. April 1886, S. 17 ff.

[7] Eine Skizzierung des Inhaltes findet sich in der Botschaft vom 6. April 1886, S. 21 ff.

[8] Vergl. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über diesen Gegenstand vom 28. Nov. 1879 (BBl 1879, III, S. 1022 ff).

Referat des basellandschaftlichen Obergerichtspräsidenten Oberer, die Ansicht aus, «es erscheine ihm aus innern Gründen gerechtfertigt und auch praktisch, dass dem zu erlassenden Gesetz ein vermittelndes System zu Grunde gelegt werde, wesentlich in dem Sinne, wie dies durch das Referat des Hrn. Oberer befürwortet wurde».

Gestützt hierauf forderte der damalige Vorsteher des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, Bundesrat Emil Welti, Herrn Oberer auf, den Kommissionalentwurf von 1875 im Sinne des von ihm vorgeschlagenen gemischten Systems umzuarbeiten. Oberer kam dieser Aufforderung unverzüglich nach und konnte den neuen Entwurf schon Ende September 1881 fertig vorlegen, worauf derselbe in den Jahren 1881 und 1882 von einer hiezu ernannten Kommission durchberaten und in verschiedenen Punkten auch abgeändert wurde. Der charakteristische Grundzug dieses Entwurfes beruhte darin, dass als Vollstreckungssystem die Betreibung auf Pfändung, d. h. die Spezialexekution gewählt war für alle pfandversicherten Forderungen, sowie für Kurrentforderungen bis auf Fr. 100, während für Kurrentforderungen von über 100 Fr. die Generalexekution in das ganze Vermögen des Schuldners (Konkurs) stattfinden sollte.[9])

Der im Drucke veröffentlichte Kommissionalentwurf gab — wie die bundesrätliche Botschaft hervorhebt — im grossen und ganzen zu wenigen prinzipiellen Meinungsäusserungen Anlass[10]). Die bedeutendste derselben war die «Vorstellung des Vereins aargauischer Notare an den Bundesrat zu Handen der Bundesversammlung» vom 3. Juni 1883. Dieselbe sprach sich prinzipiell gegen das im Entwurfe von 1882 akzeptierte gemischte System aus und verlangte als Basis des Gesetzes im allgemeinen das System der Einzelpfändung, gegenüber Kaufleuten

[9]) Vergl. die Inhaltsübersicht in der Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886, S. 27 f.

[10]) Vergl. als solche C. Grivet, Bundesgesetz betreffend die Schuldbetreibung, Studie zu den Gesetzesentwürfen. Freiburg. 1882 (deutsch und französisch).

jedoch das Prinzip des Konkurses, bezw. der Generalpfändung.

Nachdem sich das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement in den Jahren 1882—1885 von den Kantonen ein reichhaltiges statistisches Material über das numerische Verhältnis der nach den bisherigen kantonalen Rechten vollzogenen Betreibungen auf Pfändung zu denjenigen auf Konkurs eingeholt hatte, ging es seinerseits an die Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes. Dabei wurde aus verschiedenen Gründen von der Einberufung der Expertenkommission abgesehen, so dass die Arbeit ausschliesslich dem Departementsvorsteher, Bundesrat L. Ruchonnet, und dem juristischen Mitarbeiter des Departements, Dr. Leo Weber, nachmaligem Bundesrichter, oblag. Im fernern wurden beigezogen der waadtländische Kantonsrichter und nachmalige Bundesrichter Soldan, Dr. jur. A. Brüstlein, damals in Basel, und Prof. Dr. Speiser in Basel. Am 11. Nov. 1885 war der Departementalentwurf, welcher, wenigstens dem gewählten System nach, dem jetzigen Gesetze entspricht, zur Einreichung an den Bundesrat fertiggestellt.[11]) Der letztere beriet ihn in erster Lesung im Dezember 1885 durch und nahm ihn unter dem 23. Februar 1886 in zweiter Lesung in globo an, worauf die Unterbreitung an die eidg. Räte mit Botschaft vom 6. April 1886 stattfand.

Der Ständerat erhielt die Priorität für die Beratung des Entwurfes und bestellte seine Kommission unter dem Vorsitze des Dr. C. Hoffmann von St. Gallen.[12]) Die nationalrätliche Kommission wurde präsidiert von Dr. Rud. Brunner, Bern. Bis zum 30. Juni 1887 wurde die erste Beratung in beiden Räten beendigt, worauf infolge Beschlusses derselben der Entwurf durch das eidg. Justiz- und Polizeidepartement unter Beihülfe der Kommissionspräsidenten Hoffmann und Brunner nochmals durchgearbeitet wurde, um als Basis für die zweite parlamentarische

[11]) Der Entwurf wurde unter dem 11. Nov. 1885 im Druck veröffentlicht.

[12]) Vergl. dessen Bericht vom 13. Nov. 1886.

Beratung zu dienen.[13]) Am 1. Mai 1888 legte der Bundesrat den Räten auch einen Entwurf der Übergangsbestimmungen zum Bundesgesetz vor, welche man nach deutschem Muster in einem besondern Einführungsgesetz zu erlassen gedachte.[14]) Am 29. Juni 1888 beendigten die Räte die zweite Beratung des Gesetzes und am 14. Dez. 1888 diejenige der Übergangsbestimmungen, indem sie zugleich beschlossen, dass die letzteren als Bestandteil des Gesetzes selber zu behandeln seien.

Dabei hatten aber die Räte verfügt, dass der Entwurf nochmals an den Bundesrat zurückzugehen habe behufs textueller und redaktioneller Bereinigung. Infolgedessen legte ihn das Justiz- und Polizeidepartement vor allem verschiedenen schweizerischen Juristen[15]) zur Begutachtung in diesem Sinne vor. An Hand ihrer Bemerkungen wurde der Entwurf vom Departement endgültig ausgearbeitet und hierauf durch eine unter dem Vorsitze des Departementsvorstehers, Bundesrat Ruchonnet, zusammentretende Expertenkommission[16]) bereinigt.

Diesen so bereinigten Entwurf legte der Bundesrat mit Botschaft vom 7. Dez. 1888 den eidgenössischen Räten vor, welche ihn in ihrer Frühjahrssession 1889 (11. April) annahmen. Am 4. Mai 1889 erfolgte die Publikation im Bundesblatt unter Ansetzung der Referendumsfrist, welche am 2. August 1889 auslief.

Während und nach der Beratung des Entwurfes war derselbe bereits Gegenstand lebhafter literarisch-kritischer

---

[13]) Vergl. Botschaft des Bundesrates vom 10. Feb. 1888 betr. den Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs.

[14]) Botschaft des Bundesrates vom 1. Mai 1888 an die Bundesversammlung betr. die Übergangsbestimmungen z. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz.

[15]) Die Namen dieser Juristen sind aufgeführt bei Weber und Brüstlein (Vorwort), S. XIII, Note *).

[16]) Mitglieder dieser Kommission waren: die Ständeräte Hoffmann und Gobat, Professor Serafini (Pisa), Dr. Colombi, Dr. Leo Weber, Dr. Alfred Brüstlein.

Erörterungen gewesen.[17]) Die eingeleitete Referendumsbewegung ergab 62,948 gültige Unterschriften, so dass das Gesetz am 17. November 1889 dem Volke zur Abstimmung vorgelegt werden musste, in welcher es mit 244,317 gegen 217,921 Stimmen angenommen wurde. Die Aufnahme des Gesetzes in die amtliche Gesetzessammlung wurde nach erfolgter Erwahrung des Abstimmungsergebnisses seitens der Bundesversammlung durch den Bundesrat am 10. Januar 1890 verfügt.

Das Inkrafttreten des Gesetzes war durch seine Übergangsbestimmungen auf 1. Jan. 1892 festgesetzt (B 318). Auf diesen Zeitpunkt mussten denn auch die sämtlichen kantonalen Einführungs- und Vollziehungserlasse vorhanden und in Kraft gesetzt sein.[18])

Eine partielle Abänderung des Bundesgesetzes erzeigte sich schon nach kurzer Zeit nötig, und zwar hinsichtlich der Organisation der eidgenössischen Oberaufsicht über das Schuldbetreibungswesen. Dieselbe war durch B 15 ff dem Bundesrat übertragen worden. Die Vorbereitung der einschlagenden Geschäfte, namentlich der gemäss B 19 zu treffenden Entscheidungen, lag dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement ob, bei welchem zu diesem Zwecke eine eigene Abteilung mit dem Namen «Eidgen. Amt für Schuldbetreibung und Konkurs», verbunden mit einer besondern konsultativen Behörde, dem «Eidgen. Rat für

---

[17]) Vergl. namentlich: Bachmann, Die Grundzüge des Entwurfes eines eidg. Betreibungs- und Konkursgesetzes, Rede, gehalten in der Sitzung des schweiz. Nationalrates den 13. April 1887, Frauenfeld 1887; Brüstlein, Die Grundzüge des Entwurfes zu einem eidg. Betreibungs- und Konkursgesetz, eine Streitschrift als Entgegnung auf die Broschüre des Herrn Nationalrats J. H. Bachmann, Basel 1888; Zeerleder, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, unter besonderer Bezugnahme a. d. bern. Vollziehungsverfahren, systematisch-kritische Darstellung, ZBJV XXV, S. 167 ff; Leo Weber, Zur Kritik über das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bemerkungen zu Prof. Zeerleders systematisch-kritischer Darstellung, Bern 1889.

[18]) Hinsichtl. der eidgenössischen Vollziehungserlasse vergl. § 3 hiernach.



Schuldbetreibung und Konkurs» errichtet worden war.[19]) Es erzeigte sich aber sehr bald, dass die oberste politische und administrative Behörde des Landes zu den ihr übertragenen Funktionen im Gebiete des Schuldbetreibungsrechtes nicht wohl geeignet war, ganz abgesehen davon, dass die Zahl der zu fällenden Entscheide natürlich von Jahr zu Jahr stieg.[20]) Es wurde denn auch am 29. Juni 1894 im Nationalrat das Postulat gestellt, der Bundesrat sei einzuladen, zu untersuchen, ob nicht die Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen dem Bundesgerichte, statt dem Bundesrate zu übertragen sei.[21]) Infolgedessen legte der Bundesrat der Bundesversammlung mit Botschaft vom 3. Mai 1895 den Entwurf zu einem «Bundesgesetz betr. die Übertragung der Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen an das Bundesgericht» vor. Dasselbe wurde von den beiden Räten unter dem 24./28. Juni 1895 angenommen und unter dem 17. Juli 1895 im Bundesblatt publiziert. Das Referendum wurde nicht ergriffen.

Wie der vorstehende Abriss seiner Entstehungsgeschichte zeigt, war die Schaffung eines eidg. Schuldbetreibungsrechtes von sehr grossen Schwierigkeiten begleitet. Es galt dabei alte, tief eingewurzelte Rechtsanschauungen, wie sie in den Kantonen herrschten, umzubilden, widerstreitende Grundsätze zu versöhnen und unter bestmöglichster Wahrung nationaler Eigenheiten fünfundzwanzig ver-

---

[19]) Provisorischer Bundesratsbeschluss vom 9. Okt. 1891 betr. die Schaffung einer Abteilung für Schuldbetreibung und Konkurs auf dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (abgedruckt bei Weber und Brüstlein, S. 469 ff).

[20]) Vergl. die Botschaft des Bundesrates vom 3. Mai 1895 an die Bundesversammlung.

[21]) Vergl. Note 20. Auch der schweiz. Juristenverein hatte sich auf seiner Jahresversammlung in Frauenfeld am 4./5. Sept. 1893 mit dieser Frage befasst. Vergl. die Referate von Prof. v. Salis und Dr. Brüstlein über «die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkurssachen», sowie die anschliessende Diskussion (ZschwR. NF, XII, S. 531 ff).

schiedene Rechtsordnungen durch eine einzige zu ersetzen. Diese Aufgabe wurde noch dadurch erschwert, dass sich die Unifikation der Zwangsvollstreckung weder auf ein einheitliches Zivilprozessrecht, noch auf ein vollständig vereinheitlichtes Zivilrecht stützen konnte. Es musste also dabei auf Schritt und Tritt die in diesen Rechtsnormen herrschende kantonale Mannigfaltigkeit berücksichtigt werden. Diese ungünstigen äussern Verumständungen hatten nicht nur den schleppenden, unregelmässigen Werdegang des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 zur Folge. Sie lassen vielmehr auch unserm Schuldbetreibungsrecht verschiedene Unebenheiten, Unklarheiten und Lücken anhaften, welche durch die Praxis nur mit Mühe und nicht immer ganz glücklich ausgeglichen werden.

§ 3.

Die Grundlagen des Schuldbetreibungsrechtes.

I. Begriff und Arten.

Unter Grundlagen einer Rechtsmaterie verstehen wir die für ihre Regelung und Ausgestaltung massgebenden Bestimmungen des positiven Rechtes. Ihr Einfluss kann sowohl ein direkter als auch ein indirekter sein. Bloss *indirekt* auf die Regelung einer Rechtsmaterie einwirkend sind diejenigen Bestimmungen der Rechtsordnung, welche für das Zustandekommen und die Anwendung rechtlicher Vorschriften (Gesetzgebung und Vollziehung im allgemeinen) überhaupt gelten. Dass diese Vorschriften hier nicht zu betrachten sind, ist wohl selbstverständlich. Gegenstand der Behandlung sind vielmehr nur die direkten Grundlagen, d. h. diejenigen Bestimmungen, welche für Entstehung und Bestand des Schuldbetreibungsrechtes von unmittelbarer Bedeutung sind (*Rechtsquellen*).

Als Rechtsquellen des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes kommen in Betracht: Die Bundesverfassung, die Bundesgesetzgebung nebst zudienenden Vollziehungsverordnungen, die kantonale Gesetzgebung und endlich staatsvertragliche Bestimmungen.

II. Verfassungsmässige Grundlagen.

Als solche sind zu nennen die Art. 59, 61 und 64 BV, welche direkt auf das Schuldbetreibungsrecht oder doch auf darin zu behandelnde Materien Bezug nehmen.

1. Wie bereits in § 2 betont wurde, baut sich unsere Gesetzgebung über das Schuldbetreibungsrecht auf Art. 64 BV[1]) auf, welcher in Al. 1 die Bestimmung enthält: «Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu ... über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht.»

Durch diese Verfassungsvorschrift wird dem Bunde die Kompetenz verliehen, auf dem Gebiete des gesamten Schuldbetreibungsrechtes zu legiferieren, wobei als einzige Richtschnur der Grundsatz aufgestellt werden sollte, dass das zu wählende System sowohl die Betreibungsart des Konkurses als auch diejenige der Schuldbetreibung im Sinne der frühern Kantonalgesetzgebungen zu umfassen habe.[2]) Im übrigen wird der Gesetzgeber in der Abgrenzung seines Gegenstandes nicht beschränkt und kann deshalb in den Kreis seiner Normierung alles das einbeziehen, was nach der allgemeinen juristischen Auffassung zum Schuldbetreibungsrecht gehört, z. B. auch die interkantonale Vollstreckung kantonaler Verwaltungsentscheide und Strafurteile, sofern dieselben auf eine Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten. Dagegen ist er nicht befugt, etwa aus Zweckmässigkeitsgründen, auch solche Rechtsmaterien zu regeln, welche zwar vielleicht in einem gewissen Zusammenhange mit dem Schuldbetreibungsrechte stehen, zu deren Regelung jedoch dem Bunde an sich die verfassungsmässige Zuständigkeit fehlt.[3]) Praktische Schwierigkeiten kann hiebei jedenfalls die Abgrenzung gegenüber dem Zivilrecht und dem Strafrecht nicht bereiten, indem nach

[1]) Vergl. Burckhardt, Kommentar, S. 657 f.

[2]) In diesem Sinne auch die Motive zum Entwurf der Kommissionsminderheit von 1875, S. 67 ff.

[3]) Anderer Ansicht scheint in neuerer Zeit der Bundesrat zu sein (vergl. Botschaft zum Bundesgesetz enthaltend das schweiz. Zivilgesetzbuch, vom 28. Mai 1904, S. 11 ff). Dagegen für die oben vertretene Meinung Burckhardt, Kommentar S. 652 f.

der gegenwärtigen Fassung des Art. 64 BV, sowie des Art. 64bis der Bund auch auf diesen Gebieten zu legiferieren hat. Anders aber verhält es sich bezüglich des Zivilprozessrechtes, welches an sich noch der kantonalen Gesetzgebung untersteht und mit dem gerade das Schuldbetreibungsrecht zahlreiche Berührungspunkte aufweist. Hier wird die Ausscheidung nur darin bestehen können, dass man der Bundesgesetzgebung die Bestimmung über diejenigen gerichtlichen Verfahren überlässt, welche sich ihrer Natur nach als Bestandteil des Vollstreckungsverfahrens selbst darstellen, im übrigen aber die kantonale Prozessgesetzgebung vorbehält. Diesen Grundsatz befolgt denn auch der Gesetzgeber, indem er für alle diejenigen Prozesse, welche zwar im Laufe des Betreibungsverfahrens entstehen, jedoch nicht eine speziell betreibungsrechtliche Frage zum Gegenstande haben, keinerlei besondere Vorschriften vorsieht, sondern ihre Durchführung auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verweist. Aber auch in der Regelung rein betreibungsrechtlicher Prozessverfahren legt sich der Bundesgesetzgeber grosse Mässigung auf, indem er die Bestimmung der Organisation der Gerichtsbehörden vollständig der Kantonalgesetzgebung überlässt (B 22), während er sich hinsichtlich des Verfahrens mit der Aufstellung leitender Grundsätze begnügt (B 25, 77, 84, 168, 171, 174, 181, 184, 185, 190; vergl. § 11 hienach.[4])

Auch gegenüber dem kantonalen Verwaltungsrecht hat sich B enge Grenzen gezogen und überlässt diesem sogar die Ausführung der Organisation der Betreibungs- und Konkursämter (B 2, 3).

Die durch Art. 64 BV dem Bunde eingeräumte Gesetzgebungskompetenz ist nämlich überhaupt so auszulegen, dass ihm dadurch freigestellt wird, die nötigen Vorschriften entweder selbst zu erlassen, oder aber ihren Erlass den Kantonen zu übertragen (vergl. unten III).

---

[4]) Ueber die Bedeutung des Art. 64 BV für die Regelung des betreibungsrechtlichen Prozessverfahrens vergl. BE, XXIV (1). 34. Erw. 3.

2. Mehr spezieller Natur ist die verfassungsmässige Grundlage, welche das Schuldbetreibungsrecht in Art. 59 BV besitzt. Derselbe lautet:

«Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht, und es darf daher für die Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.

Vorbehalten bleiben mit Bezug auf die Ausländer die Bestimmungen bezüglicher Staatsverträge.

Der Schuldverhaft ist abgeschafft.» [5])

Man würde wohl zu weit gehen, wollte man diesen Verfassungsartikel mit Rücksicht auf den Inhalt seines ersten Satzes für die Festsetzung des Betreibungsortes als solchen als massgebend erklären. Dagegen haben seine Vorschriften nach drei Richtungen hin auf die Ausgestaltung des Schuldbetreibungsrechtes Bezug: einmal auf die Bestimmung der Arrestgründe, ferner auf die staatsvertragliche Regelung des Arrestes und endlich auf die Art und Weise der Exekution durch Statuierung des Ausschlusses einer Personalexekution (Schuldverhaft). In den beiden letztgenannten Richtungen hat sich die Bundesgesetzgebung ganz genau an die Bestimmungen des Artikels angeschlossen, indem einerseits die Personalexekution im System nicht aufgenommen wurde und andererseits die staatsvertraglichen Bestimmungen im Arrestwesen ausdrücklich vorbehalten sind (B 271, Al. 3).

Anlass zur Diskussion hat denn auch in Doktrin und Praxis nur die betreibungsrechtliche Bedeutung des ersten Alinea des Artikels gegeben und zwar mit Rücksicht auf

---

[5]) Ueber die Bedeutung des Art. 59 im allgemeinen vergl. die Kommentare von Burckhardt, S. 592 ff. und Schollenberger, S. 425 ff.; Roguin, L'art. 50 de la constitution fédérale, Lausanne, 1880; Conflits des lois suisses, Lausanne, 1891, p. 481 ss.; Schoch, Art. 59 der schweizerischen Bundesverfassung, Diss., Zürich, 1882.



den Umstand, dass in B 271, Al. 2 und 3 Arrestgründe vorgesehen sind, welche sich mit der einschlägigen Vorschrift des Art. 59 BV nicht ohne weiteres decken. Es sind hiebei drei verschiedene Ansichten zu signalisieren, welche sukzessive auch in der bundesgerichtlichen Praxis Ausdruck gefunden haben:

Ursprünglich stellte sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf den Standpunkt, dass die Anwendbarkeit der in B 271 angeführten Arrestgründe im einzelnen Fall davon abhänge, ob beim Arrestschuldner die arrestausschliessenden Voraussetzungen des Art. 59 BV (Solvenz und fester Wohnsitz in der Schweiz) vorhanden seien oder nicht. Infolgedessen wurde dem Arrestschuldner gegenüber der Arrestnahme gemäss B 271 sowohl, als auch gegen das gerichtliche Erkenntnis im Arrestaufhebungsprozess gemäss B 279 der staatsrechtliche Rekurs gestützt auf Art. 59 BV gewährt.[6])

In der Folge jedoch hat das Bundesgericht prinzipiell seine Ansicht über die betreibungsrechtliche Bedeutung des Art. 59 geändert und in Anlehnung an die Doktrin [7]) angenommen, dass Art. 59, Al. 1 BV, soweit er sich auf den Arrest bezieht, nur den Zweck verfolgt habe, Konflikte zwischen den verschiedenen kantonalen Gesetzgebungen zu lösen. Da nun aber nach erfolgter bundesrechtlicher Regelung der Materie derartige Konflikte endgültig aus der Welt geschafft seien, so müsse mit dem Zwecke der Vorschrift des Artikels auch diese selbst als dahingefallen betrachtet werden, d. h. es seien an ihre Stelle die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen getreten

[6]) BE XXV (1), 37 Erw. 3 und XXV (1), 65. In gleichem Sinne v. Salis: Referat über die Kompetenzen des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkurssachen, ZschwR, NF XII, S. 654. Weber und Brüstlein, Art. 271, N. 11. Eine Kritik der bundesgerichtlichen Praxis, namentlich der Motive des erstzitierten Entscheides, s. bei Burckhardt, Kommentar, S. 622.

[7]) Reichel, Art. 271, N. 13; Jaeger, Art. 271, N. 7; im Endresultat gleich Ott, Das Arrestverfahren nach dem B, Diss. Zürich, 1900, S. 36; ferner in neuerer Zeit Burckhardt, Kommentar S. 622; Schollenberger, Kommentar S. 433.

(B 271 ff). Als praktische Konsequenz dieser Meinung folgerte das Gericht die Unzulässigkeit eines staatsrechtlichen Rekurses gestützt auf Art. 59 BV gegenüber einem Arrestbefehl. Als einziges Rechtsmittel gegen einen solchen sollte vielmehr nur noch die Arrestaufhebungsklage gemäss B 279 in Betracht kommen.[8])

Diese Ansicht, so einfach und praktisch sie für die Rechtsprechung zu sein scheint, ist vom staatsrechtlichen Standpunkte aus betrachtet doch etwas bedenklich. Es geht offenbar nicht an, dass eine Verfassungsbestimmung durch Bundesgesetz ausser Kraft gesetzt und u. U. in ihr Gegenteil verkehrt wird.[9]) Allerdings muss dabei zugegeben werden, dass die Bestimmungen in B 271 mit Rücksicht auf Art. 113, Al. 3 BV für das Bundesgericht auch im staatsrechtlichen Rekursverfahren schlechtweg verbindlich sind.[10]) Dagegen konnte durch B 271 dem Bürger kein verfassungsmässiges Recht entzogen werden, welches ihm Art. 59 BV verleiht. Es darf ihm deshalb auch nicht verwehrt werden, die Nachprüfung einer von ihm behaupteten Verletzung dieses Rechtes durch den Staatsgerichtshof zu verlangen. Zu dieser Anschauungsweise ist denn auch das Bundesgericht in neuerer Zeit wieder zurückgekehrt, indem es annimmt, dass zwar nicht gegen den Arrestbefehl als solchen, wohl aber gegen ein Erkenntnis im Arrestaufhebungsprozess gemäss B 279 der staatsrechtliche Rekurs gestützt auf Art. 59 BV zulässig sei.[11]) Die Beschreitung des Rechtsweges wird dabei gleichsam als Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges in derartigen Fällen betrachtet. Mit diesem Urteil ist zweifellos die praktische Bedeutung des Art. 59 BV für das Arrestrecht von neuem anerkannt.

3. Art. 61 BV schreibt vor: « Die rechtskräftigen

---

[8]) BE XXIX (1), 91.

[9]) Ebenso Roguin, L'art. 59 de la constitution féd. et la loi féd. sur la poursuite et la faillite, Semaine judiciaire XXVI, p. 145 ss.

[10]) In diesem Sinne Burckhardt, Kommentar S. 622.

[11]) BE XXXI (1), 46.

Zivilurteile, die in einem Kantone gefällt sind, sollen in der ganzen Schweiz vollstreckt werden können. »

Während Art. 59 BV eine verfassungsmässige Garantie zu Gunsten des Schuldners aufstellt, enthält der vorliegende Artikel eine solche zu Gunsten des Gläubigers[12]. Er kann gestützt darauf verlangen, dass seine Forderung, sofern sie auf einem in irgend einem Kanton gefällten Erkenntnis beruht, welchem nach der betr. Kantonalgesetzgebung der Charakter eines Zivilurteils zukommt, ohne weiteres auch in jedem andern Kanton zur betreibungsrechtlichen Vollstreckung zugelassen werde. Die Gesetzgebung hat diesem Verfassungsgrundsatze bei der Regelung der Rechtsöffnung (B 81) Rechnung getragen. (Vergl. darüber § 26 hienach).

III. Bundesgesetzliche Grundlagen.

Die Materie des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes wird in erster Linie durch verschiedene Bundesgesetze dargestellt.

1. Die hauptsächlichste bundesrechtliche Rechtsquelle bildet das Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs. Bestimmungen, welche das Schuldbetreibungsrecht (in organisatorischer Beziehung) direkt berühren, enthalten ferner das Bundesgesetz vom 28. Juni 1895 betr. die Uebertragung der Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen an das Bundesgericht und das Bundesgesetz vom 24. Juni 1904 betr. die Vermehrung der Zahl der Mitglieder des Bundesgerichtes.

---

[12]) Ueber die staatsrechtliche Bedeutung des Artikels im allgemeinen vergl. Burckhardt, Kommentar S. 631 ff und Schollenberger, Kommentar S. 441 ff. Der Wortlaut des Art. 61, welcher lediglich von Zivilurteilen spricht, hindert eine bundesrechtliche Regelung der interkantonalen Vollstreckung von Verwaltungsentscheiden und Strafurteilen nicht, soweit dieselben auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten. Die legislatorische Kompetenz hiefür wird durch Art. 64 BV gegeben (vergl. oben Ziff. 1).

2. Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907[13]) wird mit Rücksicht auf den mannigfachen und engen Zusammenhang zwischen Privatrecht und Schuldbetreibungsrecht einen tiefgreifenden Einfluss auf die Gestaltung des letztern ausüben.

Dieser Einfluss macht sich einerseits in indirekter Weise geltend durch Schaffung neuer Haftungsverhältnisse, sowie durch Umgestaltung der betreibungsrechtlich relevanten zivilrechtlichen Eigenschaften des Gläubigers, des Schuldners, der zu vollstreckenden Forderungen und der zu verwertenden Gegenstände.

Wichtiger ist aber anderseits der direkte Einfluss des ZGB auf das Schuldbetreibungsrecht, welcher sich in einer Abänderung bezw. Umgestaltung bestehender betreibungsrechtlicher Vorschriften äussert.[14]) Wir können dabei fünf verschiedene Richtungen unterscheiden, nach welchen sich diese Einwirkung geltend macht:

a) Als Aenderung der Terminologie des B (vergl. ZGBE 60; B 37);

b) als Ersetzung der bisher in einzelnen Bestimmungen des B vorbehaltenen Vorschriften des kantonalen Privatrechtes durch die entsprechenden des ZGB (ZGBE 60; B 45, 49, 94, Al. 3, 102, Al. 1, 111, Al. 1, 135, Al. 1, 136, Al. 2, 138, Al. 3, 150, Al. 1 und 3, 158, Al. 2, 219, Al. 3);

c) als Ersetzung bisher im B vorbehaltener Bestimmungen des OR durch die entsprechenden Vorschriften des ZGB (vergl. ZGBE 60; B 47, Al. 3);

d) als Einfluss neuer durch ZGB geschaffener Institute auf die in B enthaltenen Vorschriften (vergl. ZGBE 60; B 46, Al. 3, 49, 59, 132bis, 143bis, 153, 176, 193, Al. 2, 260bis, 296, 308; ZGB 815, 841, 898);

e) als selbständige Aenderung bisheriger Vorschriften

[13]) Dasselbe tritt am 1. Januar 1912 in Kraft (ZGBE 63).

[14]) Der Zivilgesetzgeber hat zur Ausübung dieses Einflusses keine einheitliche Methode eingeschlagen: Einerseits hat er in den Anwendungs- und Einführungsbestimmungen die einschlägigen Vorschriften des B direkt abgeändert (ZGBE 60), andrerseits tut er dies implizite durch die entsprechenden Vorschriften des ZGB.

des B (vergl. ZGBE 60; B 49, 59, 65, Al. 3, 67, Ziff. 2, 96, Al. 2, 101, 102, Al. 2, 107, 136bis, 137, 141, Al. 3, 152, Al. 2, 208, 219, 258, Al. 4, 259; ZGB 173, 183, 185, 205, 222, 223, Al. 2, 234, 343, 344, 480, 524, 578, 714; ZGBE 59; OR 271c, 273n).

3. Die Vollziehung des B war ursprünglich dem Bundesrat übertragen worden (B 15, Al. 2), indem er zugleich zum Erlass der hiezu notwendigen Verordnungen und Reglemente als kompetent erklärt wurde. Diese Zuständigkeit ist nun aber gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1895 an das Bundesgericht übergegangen, mit Ausnahme der Kompetenz zum Erlass des Gebührentarifs (B 16, Al. 1). An Vollziehungsverordnungen (des Bundesrates) stehen gegenwärtig in Kraft:

Reglement über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register und die Rechnungsführung vom 18. Dez. 1891 (Verordnung Nr. 1);

Reglement über den von den kantonalen Aufsichtsbehörden zu führenden Titel und über die Einreichung von Beschwerden vom 24. Dez. 1892 (Verordnung Nr. 2);

Bundesratsbeschluss betr. die Betreibungs- und Konkursstatistik vom 21. Nov. 1893 (Verordnung Nr. 3).

Eine Anzahl von Kreisschreiben, welche die eidgen. Aufsichtsbehörden im Laufe der Jahre (gestützt auf B 15, Al. 3) erlassen haben, können nicht wohl als eigentliche Rechtsquellen bezeichnet werden. Dagegen ist hier noch anzuführen der Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 1. Mai 1891, teilweise abgeändert durch Bundesratsbeschluss vom 12. März 1901, in Kraft seit 1. Juni 1901, welcher in Ausführung spezieller Gesetzesvorschriften (B 16, Al. 1) vom Bundesrat aufgestellt wurde (siehe oben).

4. Der Einfluss der betreibungsrechtlichen Erlasse auf die bestehende Bundesgesetzgebung lässt sich folgendermassen charakterisieren:

a. Ganz allgemein wurden mit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 11. April 1889, also auf 1. Januar 1892, alle demselben entgegenstehenden Vorschriften eidgenössischer Gesetze, Verordnungen und Konkordate aufgehoben, soweit nicht durch die Vorschriften des Gesetzes selbst etwas anderes bestimmt wurde (B 318, Al. 2). Hievon wurde namentlich das Bundesgesetz über das Obligationenrecht berührt. Allerdings wurde kein Artikel dieses Gesetzes direkt als aufgehoben erklärt. Gestützt auf die eben signalisierte allgemeine Aufhebungsbestimmung aber wurden zahlreiche Vorschriften entweder tatsächlich ausser Kraft gesetzt oder doch ganz erheblich modifiziert. Und zwar geschah dies hauptsächlich nach drei verschiedenen Richtungen hin:

aa. Durch Aenderung und Präzisierung der in verschiedenen Artikeln enthaltenen Bestimmungen direkt betreibungsrechtlicher Natur[15]);

bb. durch Modifizierung und Anpassung eigentlicher obligationenrechtlicher Vorschriften für den Fall der Betreibung und des Konkurses[16]);

cc. durch Schaffung eigener obligationenrechtlicher Vorschriften für den Fall der Betreibung und des Konkurses[17]);

b. Im Gegensatz zu diesem mehr indirekten Eingriffe haben die Bundesgesetze vom 28. Juni 1895 und vom 24. Juni 1904 die ihnen entgegenstehenden Artikel des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 direkt aufgehoben und durch neue ersetzt.

5. Der Einfluss der betreibungsrechtlichen Bundesgesetzgebung auf das kantonale Recht machte sich in erster Linie ebenfalls darin geltend, dass durch ihr Inkrafttreten alle entgegenstehenden Vorschriften kantonaler Gesetze und Verordnungen aufgehoben wurden (B 318, Al. 2). Dies hatte nicht nur

---

[15]) Z. B. OR 167, 223.
[16]) Z. B. OR 136. 226.
[17]) Z. B. B 86, 149, 216. 217.

die Beseitigung der schuldbetreibungsrechtlichen Erlasse zur Folge, sondern bedingte in verschiedenen Punkten auch eine Aenderung der kantonalen Zivil-, Zivilprozess- und Verwaltungsgesetzgebung.[18])

Auf der andern Seite wird aber die kantonale Gesetzgebung durch das Bundesrecht direkt zur Aufstellung ausführender Bestimmungen herangezogen (vergl. IV).

IV. Kantonalrechtliche Grundlagen.

Da Art. 64 BV die Regelung des Schuldbetreibungsrechtes in die ausschliessliche Kompetenz des Bundes stellt, kommt das kantonale Recht dabei nur insofern in Betracht, als es durch den Bundesgesetzgeber ausdrücklich vorgesehen oder zugelassen wird.

1. Das Eingreifen der kantonalen Gesetzgebung wird durch B folgendermassen normiert:

a. Das kantonale Recht hat die Organisation der zur Durchführung der Schuldbetreibung erforderlichen Behörden mit Ausnahme der eidg. Aufsichtsbehörden zu regeln. Es betrifft dies die Betreibungs- und Konkursämter (B 1—3 und 6), die kantonalen Aufsichtsbehörden (B 13), die richterlichen Behörden, welche für die im B dem Richter zugewiesenen Entscheidungen zuständig sind (B 22), die Arrest-, Exmissions- und Nachlassbehörden (B 23), sowie die Depositenanstalten (B 24).

b. Dem kantonalen Recht liegt ferner die gesetzgeberische Regelung der für die Bedürfnisse der Schuldbetreibung notwendigen (beschleunigten und summarischen) Zivilprozessverfahren, sowie der zur Vollziehung des B notwendigen Strafbestimmungen ob (B 25).

c. Endlich wird der kantonalen Gesetzgebung in fakultativer Weise überlassen, gewisse Materien von sich aus zu ordnen, bezw. bestimmte Vorschriften aufzustellen. Hieher gehören: Die öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses (B 26), die

---

[18]) Vergl. in dieser Beziehung B 318 ff., sowie die kantonalen EG bei Brand und Wasem.

gewerbsmässige Vertretung der Gläubiger (B 27), die Zwangsvollstreckung gegen Kanton, Bezirke und Gemeinden, soweit hierüber keine eidgenössischen Vorschriften aufgestellt werden (B 30), die Betreibung für Forderungen der Pfandleihanstalten (B 45; vergl. ZGBE 60) und die ausserordentliche Anschlusspfändung für Ehefrauen, Kinder, Mündel und Verbeiständete (B 111).

2. Der Geltungsbereich dieser kantonalrechtlichen Vorschriften, mag ihr Erlass den Kantonen obligatorischerweise aufgetragen oder aber fakultativerweise freigestellt sein, wird durch die vorhandenen bundesrechtlichen Bestimmungen begrenzt. Sie haben nur soweit materielle Gültigkeit, als dies mit dem Bundesrecht vereinbar ist. Für verschiedene der dem kant. Recht zur Regelung überlassenen Materien stellt übrigens der Bundesgesetzgeber selbst die Grundlinien fest (B 2, 6, 24, 25, 26, 27, 111). Ueberdies wird für bestimmte Fälle die Genehmigung der von den Kantonen erlassenen Gesetze und Verordnungen durch den Bundesrat vorgesehen (B 29)[19]). Die bundesrätliche Genehmigung kann aber einem kantonalen Erlasse nur insoweit erteilt werden, als er Bestimmungen enthält, für welche in B 29 die Genehmigung ausdrücklich verlangt wird. Regelt er daneben auch noch andere Materien, so werden die diesbezüglichen Bestimmungen von der erteilten Genehmigung nicht berührt, weshalb man sich auch für den Nachweis ihrer materiellen Gültigkeit nicht etwa auf die dem Erlasse als solchem erteilte Genehmigung berufen könnte.[20]) Aber auch bei kantonalen Vorschriften, welche ihrem Inhalte nach unzweifelhaft der Genehmigung unterliegen, wird die Erteilung der letztern die Gültigkeit der Vorschrift vom bundesrechtlichen Standpunkte aus kaum ausser Frage stellen können. Eine Nachprüfung derselben

---

[19]) Es betrifft dies die Vorschriften über die Organisation der kant. Aufsichtsbehörden (B 13), die prozessualen und strafrechtlichen Bestimmungen (B 25), die gewerbsmässige Vertretung der Gläubiger (B 27), die Betreibung für Forderungen der Pfandleihanstalten (B 45) und die ausserordentl. Anschlusspfändung (B 111).

[20]) Vergl. A I, 90 und V, 67; BE XXII, 105, XXIV (1), 34.

durch die eidgenössischen Aufsichts- und Gerichtsbehörden ist deshalb in jedem Falle zulässig, während die Befugnis kantonaler Behörden hiezu von den Bestimmungen des kantonalen Verfassungsrechtes abhängig ist.[21])

V. Staatsvertragliche Grundlagen.[22])

Einen direkten Einfluss auf das schweizerische Schuldbetreibungsrecht üben staatsvertraglicheBestimmungen nach drei verschiedenen Richtungen hin aus: Ausdrücklich durch B vorbehalten werden sie mit Bezug auf die definitive Rechtsöffnung (B 81, Al. 3) und auf den Arrest (B 271, Al. 3). Tatsächlich aber kommen sie auch für das Konkursrecht in Betracht. Es handelt sich dabei aber nicht ausschliesslich um Staatsverträge der Eidgenossenschaft, sondern teilweise auch um Abkommen einzelner Kantone mit dem Ausland. Solche Verträge sind (in chronologischer Reihenfolge):

Übereinkunft der Schweiz. Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg betr. die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beidseitigen Angehörigen in Konkursfällen vom 12. Dez. 1825/13. Mai 1826[23]);

Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Unterwalden (o. u. n. d. W.), Freiburg, Solo-

---

[21]) Zu weit gehend jedenfalls Jaeger Art. 29, N. 2, welcher die Vollstreckungsbehörden schlechtweg von der Beobachtung einer ihres Erachtens bundesrechtswidrigen Bestimmung der kant. EG entbinden will und ebenso Reichel Art. 29, N. 3, der diesen Satz auf die Gerichte ausdehnt.

[22]) Vergl. Meili, Moderne Staatsverträge über das internationale Konkursrecht, Zürich, 1907; Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich, 1906, S. 389 ff; Wolf, Die schweiz. Bundesgesetzgebung. 2. Aufl., Basel, 1908, Bd. III, S. 756 ff.

[23]) Es sind ihr alle Kantone beigetreten ausser Neuenburg und Schwyz; Glarus trat am 18. Nov. 1859 bei. Gegenüber Appenzell A. Rh. wurde sie auf dem Retorsionswege teilweise aufgehoben; vergl. Wolf a. a. O., Bd. III, S. 781.

thurn, Basel (Stadt und Land), Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf, sowie Appenzell A. Rh. und dem Königreich Bayern über gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 11. Mai/27. Juni 1834[24]);

Uebereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel (beide Landesteile), Schaffhausen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf, sowie Appenzell der äussern Rhoden einer- und dem Königreich Sachsen anderseits über gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 4./18. Februar 1837[25]);

Uebereinkunft des Kantons Aargau mit der grossh. badischen Regierung betr. die gegenseitige Vollstreckbarkeit der Urteile und den Vollzug von Ersuchsschreiben der Gerichte der beiden Staaten in bürgerlichen Rechtssachen vom 21. Mai 1867;

Niederlassungs- und Konsularvertrag zwischen der Schweiz und Italien v. 23. Juli 1868, Art. 8;

Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 15. Juni 1869;

Erklärung zwischen dem Bundesrat und der k. k. österreichisch-ungarischen Regierung über die Vollziehung der Zivilurteile

---

[24]) Uri, Zug und Glarus sind nachträglich beigetreten; Wolf, a. a. O., S. 782.

[25]) Glarus ist nachträglich (19. Nov. 1859) beigetreten; vergl. Wolf a. a. O., Bd. III, S. 782.

aus dem Kanton Waadt in Oesterreich-Ungarn vom 16. Februar/7. März 1885;

Vertrag zwischen der Schweiz und Spanien über die gegenseitige Vollstreckung von Urteilen oder Erkenntnissen in Zivil- und Handelssachen vom 19. Nov. 1896.[26])

Einen indirekten Einfluss auf das schweizerische Schuldbetreibungsrecht können auch die staatsvertraglichen Bestimmungen allgemein prozessualen Inhaltes ausüben, soweit sie die Zustellung von Akten betreffen (vergl. § 20, IV, Ziff. 2, lit. a hienach).

§ 4.

Literatur.

I. Systematische Werke.

Zeerleder: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 unter besonderer Bezugnahme auf das bernische Vollziehungsverfahren. Systematisch-kritische Darstellung, ZBJV S. 166 ff (auch als Separatabdruck erschienen);[1])

Reichel: in Reichesbergs Handwörterbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, Bd. I, S. 527 ff s. v. Betreibung und Konkurs;

Martin: Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne, 1908.

---

[26]) Meili, Moderne Staatsverträge, S. 31 ff. nennt ausserdem noch folgende (nicht in den Gesetzessammlungen des Bundes figurierende) Uebereinkommen einzelner Kantone mit dem Ausland: Vertrag zwischen dem Fürsten von Hohenzollern-Hechingen und dem Kanton Zürich über gegenseitige Rechte bei Konkursfällen von 1816; Konkursrechtsvertrag zwischen dem Fürstentum Hohenzollern-Sigmaringen und dem Kanton St. Gallen von 1819; Verständigung zwischen der Hansastadt Hamburg und dem Kanton St. Gallen über gegenseitige Verzichtleistung auf Arrestlegung in Konkursfällen von 1868. Vergl. endlich auch noch die in § 26 hienach erwähnten Spezialbestimmungen anderer Staatsverträge.

[1]) Vergl. dazu die in § 2, Note 17 genannten Schriften.

II. Kommentare und Textausgaben mit Erläuterungen:

Weber und Brüstlein: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs für den prakt. Gebrauch erläutert, Zürich, 1890;

Dasselbe, II. Aufl., unter Benutzung der Praxis vollständig umgearbeitet von Alex. Reichel, Zürich, 1901;

Brüstlein und Rambert: Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne, 1892;

Girard: Commentaire explicatif de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Genève, 1891;

Oltramare: Commentaire explicatif de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Genève, 1891;

Colombi: Commentario della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, Bellinzona, 1892;

Heuberger: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Brugg, 1892;

Schulthess: Rechtsfreund in Betreibungs- und Konkurssachen, Brugg, 1892;

Schlatter: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Rechte. Ein Wegweiser für jedermann, Zürich, 1893;

Jaeger: Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Unter Berücksichtigung der Praxis der Bundesbehörden und der Entscheidung kantonaler Gerichte und Aufsichtsbehörden für den praktischen Gebrauch erläutert, Zürich, 1900;

Brand und Wasem: Sammlung der kantonalen Einführungsgesetze zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, sowie der Bestimmungen über die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses, Lausanne, 1904.

III. Einzeldarstellungen.

Von solchen ist eine grössere Anzahl — meistens Doktordissertationen — erschienen. Dieselben werden bei den einzelnen Abschnitten aufgeführt.

IV. Präjudiziensammlungen.

Als solche kommen namentlich in Betracht:

Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes, amtliche Sammlung;

Separatausgabe der Entscheidungen betr. das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs;

Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, herausgegeben von Brüstlein und Brand;

Rechtsfreund in Betreibungs- und Konkurssachen, Organ zur Belehrung und Aufklärung auf dem Gebiet des schweizer. Schuldbetreibungs- und Konkurswesens, herausgegeben von Wolfensberger und Wenger;

Monatsblätter für Betreibungs- und Konkursrecht unter Berücksichtigung der einschlägigen Fragen des Privatrechtes, herausgegeben von Keller und Wolfensberger.

Im fernern veröffentlichen regelmässig Entscheidungen aus dem Gebiete des Schuldbetreibungsrechtes die meisten schweizerischen juristischen Fachzeitschriften, wie sie nachstehend in Text und Noten zitiert werden.[2])

[2]) Vergl. hiezu auch das Verzeichnis der Abkürzungen.

Allgemeiner Teil.

I. Kapitel.

Die Behördenorganisation.

§ 5.

Allgemeiner Ueberblick.

I. Organische Gliederung der Behörden.

Als selbständiges Rechtsinstitut bedarf die Schuldbetreibung zu ihrer Durchführung auch eigener Behörden. Dieselben werden gebildet durch die Betreibungs- und Konkursämter. Ihre Aufgabe besteht in der Vornahme derjenigen Amtshandlungen, aus welchen sich die eigentliche Zwangsvollstreckung bezw. ihre Einleitung zusammensetzt.

Zur Ausübung einer wirksamen Kontrolle über die Betreibungs- und Konkursämter, sowie als Entscheidungsinstanz über Verwaltungsbeschwerden gegen dieselben werden besondere Aufsichtsbehörden vorgesehen. Durch ihre Amtstätigkeit wird diejenige der Betreibungs- und Konkursämter insofern ergänzt, als sie die obere Instanz in allen rein technischen Fragen der Zwangsvollstreckung bilden.

Ihre Aufsichtstätigkeit erstreckt sich nämlich nicht bloss auf die persönliche, sondern auch auf die sachliche Amtsführung ihrer Untergebenen. Sie haben deshalb auch ihrerseits teils korrigierend, teils aber selbständig anordnend Verfügungen zu treffen, welche für die Art und Weise der Durchführung des Vollstreckungsverfahrens massgebend sind.

Die Tätigkeit der bisher genannten Behörden genügt aber unter Umständen nicht zu einer befriedigenden und

zweckmässigen Durchführung des Vollstreckungsverfahrens. Im Verlaufe desselben können sich vielmehr mannigfache Streitigkeiten erheben, welche eine Einmischung der Gerichte als unumgänglich erscheinen lassen. Diese Streitfragen sind einesteils rein zivilrechtlicher Natur, so dass zu ihrer Beurteilung von vorneherein die ordentlichen Zivilgerichte berufen sind. Andernteils aber handelt es sich dabei um Streitigkeiten, deren Grundlagen nicht, oder wenigstens nicht ausschliesslich, im materiellen Privatrecht zu suchen sind. Für diese Fälle müssen deshalb durch das Schuldbetreibungsrecht besondere Instanzen vorgesehen werden.

In letzter Linie endlich ergibt sich auch noch die Notwendigkeit gewisser Massnahmen, welche zwar teilweise nicht schlechtweg zum Vollstreckungsverfahren gehören, aber zur Sicherung seines gesetzmässigen Verlaufes und seiner Resultate dienen. Ferner finden sich endlich im Verfahren selbst gewisse Hülfsfunktionen, welche zusammen mit den erstgenannten Massnahmen die Aufstellung gewisser Hülfsorgane des Schuldbetreibungsverfahrens erfordern.

Betreibungs- und Konkursämter, Aufsichtsbehörden, Gerichtsbehörden und Hülfsorgane bilden gemeinsam den Behördenorganismus des Schuldbetreibungsrechtes.

II. Die rechtliche Regelung der Behördenorganisation.

Teils aus Gründen der Gesetzgebungspolitik, teils aus solchen der Zweckmässigkeit hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, den Behördenorganismus schlechtweg eidgenössisch zu gestalten. [1]) Sein Grundsatz geht vielmehr dahin, dass die Behörden des Schuldbetreibungswesens im allgemeinen kantonale Behörden sind und dem übrigen Behördenorganismus eines jeden Kantons so gut wie möglich eingegliedert werden sollen.

---

[1]) Vergl. hierüber die Ausführungen in den Motiven zum Heusler'schen Entwurf, S. 50 ff, sowie in der Botschaft vom 6. April 1886, S. 52 ff.



Eine Ausnahme von dieser Regel ist naturgemäss für die oberste Aufsichtsbehörde gemacht worden, welche im Interesse einer zentralen Kontrolle durch eine Bundesbehörde gebildet werden muss. Im fernern kann aber auch in den Streitigkeiten, welche sich im Laufe des Vollstreckungsverfahrens erheben, soweit sie ganz oder der Hauptsache nach zivilrechtlicher Natur sind, nach Massgabe der eidgenössischen Zivilprozessgebung das Bundesgericht zur Urteilsfällung berufen sein.

Abgesehen von den soeben genannten, in der Natur der Sache begründeten Ausnahmen, wird die Organisation der mit der Durchführung des Schuldbetreibungsverfahrens betrauten oder aber daran beteiligten Behörden durch das kantonale Recht geordnet (B 2, 3, 13, 23, 24). Das Bundesrecht begnügt sich damit, einige wenige — hauptsächlich die innere Organisation betreffende — Normativbestimmungen aufzustellen.

Eine bundesrechtliche Genehmigung der kantonalen Organisationsbestimmungen ist nur vorgesehen, soweit dies die kantonalen Aufsichtsbehörden betrifft. Und zwar ist diese Genehmigung durch den Bundesrat zu erteilen (B 29). Hinsichtlich der übrigen Behörden ist lediglich eine Kenntnisgabe der vom Kanton aufgestellten Organisation an das Bundesgericht als die eidgenössische Aufsichtsbehörde notwendig (B 28).

Erster Unterabschnitt.

Die Betreibungs- und Konkursämter.[1])

§ 6.

Die äussere Organisation.

I. Der Zweck der beiden Ämter.

Die Aufgabe der Betreibungs- und Konkursämter besteht in der Durchführung des Schuldbetreibungsverfahrens

[1]) Lit.: Gamser: Die Organisation des Betreibungs- und Konkursamtes nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs und den kantonalen Einführungsgesetzen zu demselben, Diss. Bern, 1906.

in seinen verschiedenen Äusserungen. Und zwar werden die daherigen Obliegenheiten durch das Gesetz zwischen den beiden Ämtern in strenger Abgrenzung verteilt.

Die Aufgabe des Betreibungsamtes ist — wie schon der Name besagt — die primäre und allgemeinere. Sie besteht in erster Linie in der Betreibung im eigentlichen Sinn, d. h. in der Durchführung derjenigen Funktionen, wodurch regelmässig die betreibungsrechtliche Vollstreckung eingeleitet werden muss (vergl. § 16, I, Ziff. 1 hienach). Daneben liegt dem Betreibungsbeamten die Schuldbetreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, sowie die Besorgung der betreibungsrechtlichen Hülfsverfahren ob, soweit dieselbe nicht den Gerichten oder andern Behörden überwiesen ist (Arrest und Wahrung des Retentionsrechtes).

Im Gegensatz hiezu fällt dem Konkursamt lediglich eine spezielle Funktion, nämlich die Durchführung des Konkurses, zu, soweit hiezu nicht eine besondere (ausseramtliche) Konkursverwaltung ernannt wird (vergl. unten V, Ziff. 2).

II. Das Verhältnis der beiden Ämter zu einander in organisatorischer Beziehung.

Entsprechend der sachlichen Trennung der Kompetenzen der beiden Ämter besteht für dieselben auch eine verschiedenartige Abgrenzung in räumlicher Beziehung, die sog. Betreibungs- und Konkurskreise (B 1, Al. 1). Und zwar nimmt der Gesetzgeber als selbstverständlich an, dass der Konkurskreis räumlich grösser oder mindestens gleich gross sein soll wie der Betreibungskreis, denn er schreibt vor, dass ein Konkurskreis mehrere Betreibungskreise enthalten könne (B 1 Al. 3).

Hinsichtlich der Besetzung der beiden Ämter endlich kann die kantonale Gesetzgebung eine Übertragung ihrer Verrichtungen an den nämlichen Beamten verfügen (B 4), was in elf Kantonen tatsächlich der Fall ist.[2]) Diese

[2]) Bern, Freiburg, Solothurn, beide Basel, Schaffhausen, Appenzell I. Rh., Graubünden, Tessin, Wallis und Genf; vergl. Gamser, S. 37; Jaeger, Art. 1, N. 2.

Übertragung hat aber lediglich den Sinn einer Personalunion, d. h. die beiden Amtsstellen sind durch den betreffenden Beamten durchaus getrennt von einander zu verwalten. Eine Vermischung der Funktionen darf nicht stattfinden.[3]) Die nötigen Register, Protokolle und Bücher sind getrennt für beide Amtsstellen zu führen.

III. Die gesetzgeberische Regelung der Organisation.

Die Organisation der beiden Ämter ist Sache der Kantone. Und zwar wird dieser Grundsatz für das Konkursamt schlechtweg aufgestellt (B 3), während hinsichtlich des Betreibungsamtes ein spezieller Punkt — die Stellvertretung — bundesrechtlich geregelt ist (B 2).[4]) Die kantonalen Einführungsgesetze regeln demnach die Einteilung des Kantonsgebietes in Betreibungs- und Konkurskreise, die Art und Weise der Besetzung der Ämter, sowie die Einrichtung derselben.[5]) Selbstverständlich muss die kantonale Regelung derart sein, dass die durch sie getroffenen Einrichtungen für eine richtige und sachgemässe Durchführung der im Bundesgesetz vorgesehenen Funktionen der betreffenden Amtsstellen genügen. Eine Genehmigung dieser Vorschriften durch die Bundesbehörden wird jedoch nicht vorgesehen. Die Kantone haben dem Bundesgericht lediglich die Betreibungs- und Konkurskreise, die Organisation der Betreibungs- und Konkursämter, sowie die Namen der Betreibungsbeamten, ihrer Stellvertreter und der Konkursbeamten zur Kentnis zu bringen. Das Bundesgericht sorgt für angemessene Bekanntmachung dieser Angaben (B 28; vergl. § 3, IV, Ziff. 2 hievor).

IV. Die Organisation des Betreibungsamtes.

Die kantonale Gesetzgebungskompetenz hat natürlich ziemliche lokale Verschiedenheiten in der Ordnung dieser Materie zur Folge.

---

[3]) Eine Abweichung hievon Bern EG 62 ff, wo die Vornahme von Versteigerungen im Konkursverfahren dem Betreibungsbeamten als solchem übertragen wird.

[4]) Über das Zustandekommen dieses Grundsatzes im Gesetz, vergl. Gamser, S. 1 ff, sowie § 5, Note 1 hievor.

[5]) Vergl. Brand und Wasem, S. 1—62.

1. Die Betreibungskreise werden nach Zahl und Grösse durch die Kantone bestimmt (B 1, Al. 2). Die meisten Kantone haben ihr Gebiet in mehrere Kreise eingeteilt[6]). Dabei herrscht einesteils die Tendenz vor, die letztern auf ein nicht zu grosses Territorium auszudehnen, weshalb — namentlich in der Ost- und Innerschweiz — die Gemeinde als Grundlage gewählt wird, während die west- und nordschweizerischen Kantone die grösseren Kreise (Gerichts- und Verwaltungsbezirke) bevorzugen. Da, wo die oben erwähnte Personalunion mit dem Konkursamt besteht, fallen naturgemäss Betreibungs- und Konkurskreise zusammen.[7])

Die rechtliche Bedeutung des Betreibungskreises liegt in der Umschreibung der örtlichen Zuständigkeit des Betreibungsamtes. Dasselbe hat regelmässig Amtshandlungen nur in seinem eigenen Kreise vorzunehmen (Ausnahmen s. in § 20, IV, Ziff. 2 hienach).

2. Die Besetzung des Amtes wird bundesrechtlich durch die Vorschrift geregelt, dass für jeden Betreibungskreis ein Betreibungsbeamter, sowie ein Stellvertreter zu ernennen ist (B 2). Dazu kommen aber noch gewisse Hülfsorgane (Angestellte), deren Vorhandensein bundesrechtlich zwar nicht gefordert, jedoch stillschweigend vorausgesetzt wird.[8]) Die Regelung der Wahl und der Besoldung dieser Organe, sowie die äussere Einrichtung des Amtes liegt vollständig dem kantonalen Rechte ob.

a. Der Betreibungsbeamte[9]) ist ein selbständiger Beamter, welcher in einigen Kantonen durch das Volk, öfters aber durch eine Gemeindebehörde oder durch eine staatliche Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde gewählt wird. Da, wo die Volkswahl besteht, wird oft in staatsrechtlich durchaus unlogischer Weise die Bestätigung

[6]) Einen einzigen Kreis haben Genf und Baselstadt.

[7]) Eine Zusammenstellung der kant. Ordnung der Betreibungs- und Konkurskreise gibt Gamser, S. 39 ff.

[8]) So z. B. in B 5, 6, 7, 10, 11, 14.

[9]) Vergl. Gamser, S. 44 ff.

durch eine Aufsichtsbehörde vorbehalten (Bern, Luzern, Uri, Glarus). Eine vierte Gruppe von Rechten endlich schreibt — abgesehen von der bereits erwähnten Personalunion mit dem Konkursamt — eine Kumulation mit andern Ämtern vor, und zwar entweder obligatorischerweise (Zürich: Gemeindeammann, Baselstadt: Zivilgerichtsschreiber, Baselland: Bezirksgerichtsschreiber, Thurgau: Friedensrichter, Neuenburg: Gerichtsschreiber des Friedensrichters), oder aber bloss fakultativ (Bern: Gerichtsschreiber, Solothurn: Amtsschreiber, Tessin: Führer des Hypothekenbuches).[10])

Besondere Qualifikationen werden zur Wahlfähigkeit meistens nicht verlangt. Einzig Solothurn fordert für gewisse Kreise ein Fürsprecher- oder Notariatspatent, Freiburg «in der Regel» das juristische Lizentiatendiplom, während Schwyz und Waadt die Möglichkeit einer besondern Prüfung vorsehen. Wenn auch dieses Absehen von irgendwelchen Wahlerfordernissen einen gewissen demokratischen Zug aufweist, so muss es doch als ein direkter Nachteil für das Amt selbst angesehen werden, indem die Funktionen des Betreibungsbeamten, namentlich die ihm obliegende rechtliche Kognition, unbedingt derart sind, dass sie zu ihrer Erfüllung etwas mehr erfordern als den blossen gesunden Menschenverstand und eine Volksschulbildung.

Was die Amtsdauer, sowie die Unvereinbarkeit mit andern Ämtern anbelangt, so unterliegen dieselben meistenteils den in dem betr. Kanton geltenden Grundsätzen des allgemeinen Beamtenrechtes. Das Gleiche gilt regelmässig auch hinsichtlich der Besoldung. Nur ist hiebei hervorzuheben, dass vielerorts zum Schaden der Amtsführung noch das Sportelsystem besteht.[11])

Die Funktionen des Betreibungsbeamten werden in B 2, Al. 2 allgemein dahin umschrieben, dass der Beamte das Amt zu leiten hat. Darunter ist nicht

---

[10]) Bei derartiger Kumulation kann es in gewissen Fällen, z. B. bei einer Beschlagnahmung, zweifelhaft sein, ob sie der Beamte als Betreibungsbeamter oder in seiner sonstigen Eigenschaft vornahm; vergl. A XI, 21.

[11]) Vergl. Gamser, S. 68 ff.

sowohl die persönliche Ausübung aller vorkommenden Amtshandlungen, als vielmehr die persönliche Verantwortlichkeit für die richtige Durchführung derselben verstanden. Ein persönliches Eingreifen des Beamten ist überall da notwendig, wo das Gesetz auf das Ermessen des Beamten, oder aber auf seine Kognition abstellt (vergl. B 38, Al. 3, 60, 66, Al. 5, 93, 96 u. a. m.). In allen andern Fällen darf jedenfalls der rein mechanische Teil der Funktionen den Angestellten überlassen werden. Dies wird denn auch für bestimmte Amtshandlungen im Gesetze direkt vorgesehen, so z. B. für die Zustellung von Zahlungsbefehlen (B 72)[12]). Innerhalb der soeben gezeichneten Grenzen kann das kantonale Recht die nötigen Vorschriften über die Ausübung gewisser Amtshandlungen durch bestimmte Angestellte aufstellen [13]), während sonst die Funktionen des Amtes schlechtweg bundesrechtlich geregelt sind.

b. Der Stellvertreter ist dem Betreibungsbeamten beigeordnet und hat ihn zu ersetzen, wenn er sich im Ausstand befindet oder an der Leitung des Amtes verhindert ist (B 2, Al. 2). Er ist also jenem nicht subordiniert, sondern koordiniert, d. h., sobald er überhaupt in Funktion tritt, übernimmt er völlig selbständig und unter ausschliesslicher Verantwortlichkeit die Geschäfte des Amtes. [14]) Das hindert jedoch nicht, dass u. U. auch ein Angestellter des Amtes selbst als Stellvertreter bezeichnet werden kann. Nur handelt derselbe dann in dieser Eigenschaft nicht mehr als Angestellter und hat auch ausdrücklich als Stellvertreter zu zeichnen.[15]) Für den Fall der Verhinderung des Stellvertreters selbst wird in verschiedenen kant. Rechten die Bezeichnung eines ausserordentlichen Stellvertreters ad hoc vorgesehen.[16])

Hinsichtlich Wahlart, Wahlfähigkeit und Amts-

---

[12]) Gl. M. Jaeger, Art. 2, N. 1; Reichel, Art. 2, N. 2.

[13]) Vergl. z. B. Bern EG 14.

[14]) Gamser, S. 58 nennt ihn zutreffend einen ausserordentlichen Betreibungsbeamten.

[15]) Jaeger, Art. 2, N. 2 und Verordnung Nr. 1, Art. 9.

[16]) Vergl. Bern EG 9.

dauer des Stellvertreters gelten im grossen und ganzen analoge Grundsätze wie für den Betreibungsbeamten selbst.[17])

Der Stellvertreter hat immer dann in Funktion zu treten, wenn der Beamte sich im Ausstand befindet, oder aber an der Leitung des Amtes verhindert ist (B 2, Al. 2). Manche kant. EG (z. B. Bern 9) zählen diese Gründe speziell auf (Urlaub, Abwesenheit, Krankheit, Demission, Amtsentsetzung, Tod). Jedenfalls aber ist daran festzuhalten, dass nicht schon die momentane Verhinderung des Beamten an der Vornahme einer einzelnen Funktion, sondern lediglich eine solche an der allgemeinen Leitung des Amtes als Stellvertretungsgrund anzusehen ist.[18])

c. Die Angestellten[19]) werden, wie schon früher bemerkt, vom Bundesrecht nur indirekt und jedenfalls nicht als obligatorisch vorgesehen. In Bezug auf sie ist demnach das kantonale Recht schlechtweg massgebend, jedoch mit der Einschränkung, dass ihnen keinerlei Funktionen übertragen werden dürfen, welche nach Massgabe des Bundesgesetzes vom Beamten selbst auszuführen sind (s. oben). Nach der Art und Weise ihrer Verwendung lassen sich die Angestellten in zwei Gruppen einteilen: In solche, welchen gewisse betreibungsamtliche Funktionen zur Ausführung überwiesen sind, wie Zustellungen, Pfändung, Arrestlegung etc. (Betreibungsgehilfen), und in die eigentlichen Kanzleiangestellten, welche einfach zu Bureauarbeiten verwendet werden. Die Funktionen von Betreibungsgehilfen kommen in verschiedenen Kantonen den Gerichtsweibeln zu.

Die Kanzleiorganisation wird in einzelnen kant. EG mit mehr oder weniger Ausführlichkeit geregelt.[20])

---

[17]) Vergl. Gamser, S. 55 ff.
[18]) Ebenso Jaeger, Art. 2, N. 6.
[19]) Gamser, S. 61 ff.
[20]) Gamser, S. 74 f.

V. Die äussere Organisation des Konkursamtes.

Dieselbe unterliegt vollständig dem kant. Recht, ohne dass der Bundesgesetzgeber irgendwelche besondern Normen dafür fixiert hätte (B 3).

1. Die Konkurskreise umfassen in allen Kantonen Territorien, welche räumlich über den Gemeindebezirk hinausgehen.[21]) Sie lassen sich in drei Gruppen einteilen: Entweder fallen sie mit den Betreibungskreisen zusammen, was regelmässig da der Fall ist, wo Personalunion die beiden Ämter verbindet (s. o.), oder aber sie decken sich mit den kant. Verwaltungs-, Notariats- und Gerichtsbezirken, und endlich besitzen verschiedene Kantone eigene Konkurskreise, welche meistens den ganzen Kanton umfassen; nur in Obwalden werden sie besonders abgegrenzt.

2. Die Besetzung des Amtes[22]) geschieht entweder durch einen besondern Einzelbeamten (Uri, Glarus, Appenzell A.-Rh., St. Gallen, Waadt, Wallis, Genf), oder aber durch ein (dreigliederiges) Kollegium (beide Unterwalden), oder endlich durch Kumulation mit andern Amtsstellen. Diese letztere besteht entweder in der Personalunion mit dem Betreibungsamt (s. o.), oder aber mit einer andern kant. Amtsstelle: Notariat (Zürich und Schwyz), Bezirks- oder Friedensgerichtsschreiberei (Luzern, Freiburg, Neuenburg), Bezirksgerichtspräsidium (Thurgau), Gerichts- oder Gerichtskanzleistelle nach Auswahl (Aargau und fakultativ St. Gallen), Hypothekenschreiberei, bezw. Substitut derselben (Zug). Hinsichtlich der Wahlart ist zu bemerken, dass die Volkswahl nur da vorkommt, wo Kumulation mit einer andern vom Volke zu besetzenden Amtsstelle stattfindet. Die Wahlfähigkeit, die Inkompatibilität und das Besoldungswesen ist entweder in gleicher Weise geregelt, wie beim Betreibungsamt, oder es machen die für die kumulierte Amtsstelle geltenden Bestimmungen Regel.

Die Einsetzung eines besonderen Stellvertreters

---

[21]) Aufzählung bei Gamser, S. 39 f.

[22]) Vergl. Gamser, S. 78 ff.

wird bundesgesetzlich nicht vorgeschrieben, ist aber, direkt oder indirekt, in allen kant. Rechten geregelt. Und zwar treffen wir auch hier teilweise Kumulation mit andern Stellen. Das nämliche ist über die Angestellten des Konkursamtes zu sagen.[23])

Eine besondere Eigenheit in der Organisation des Amtes beruht darin, dass in jedem Konkurs die Gläubigerversammlung darüber zu entscheiden hat, ob sie das Konkursamt oder eine oder mehrere von ihr zu wählende Personen als Konkursverwaltung einsetzen wolle (B 237, Al. 2). Geschieht das letztere, so gehen die sämtlichen Funktionen hinsichtlich der Durchführung des Konkurses auf diese gewählte Konkursverwaltung über. Gleichwohl kann hier von einer Stellvertretung des Konkursamtes nicht gesprochen werden, da es sich, wie aus B 237, Al. 2 hervorgeht, um eine primäre Funktion dieser gewählten Konkursverwaltung handelt. Diese Einrichtung, welche sich auch in andern Rechten, z. B. dem deutschen, findet, erklärt sich aus der speziellen Auffassung des Gesetzgebers vom Wesen des Konkurses und der Regelung des Konkursverfahrens.

VI. Die rechtliche Stellung der Betreibungs- und Konkursbeamten.

Trotzdem die beiden Amtsstellen lediglich Funktionen zu erfüllen haben, welche das Bundesrecht vorschreibt, können wir sie der Natur der Sache nach doch nicht als eidgenössische Beamtungen bezeichnen. Geht doch ihre ganze Organisation vom kantonalen Rechte aus, so dass sie ohne weiteres dem kant. Beamtenorganismus eingegliedert werden. Die Praxis, welche ebenfalls auf diesem Standpunkte steht, hat daraus die richtige Schlussfolgerung gezogen, dass den Betreibungs- und Konkursbeamten durch die kantonalen Bestimmungen neben ihren rein betreibungsrechtlichen Funktionen auch noch beliebige andere übertragen werden können, sofern dadurch nur nicht die richtige Durchführung der erstern gehemmt wird.[24]) Eine wei-

[23]) Vergl. Gamser, S. 85 ff; A. VIII, 70.
[24]) A. IV, 130.

tere Streitfrage, welche dahin geht, ob der Betreibungsbeamte da, wo das Amt gemeindeweise organisiert ist, als Gemeindebeamter oder als Staatsbeamter zu betrachten sei, entbehrt m. E. jeden praktischen Hintergrundes. Jedenfalls wäre sie aber im letzteren Sinne zu beantworten, indem es für den Charakter einer Beamtung nicht darauf ankommt, auf welches Territorium sich ihre Tätigkeit erstreckt, oder von wem ihr Inhaber ernannt und besoldet wird, sondern vielmehr darauf, in wessen Interesse er seine Funktionen ausübt. In dieser Hinsicht kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Durchführung der Schuldbetreibung einem rein staatlichen Zweck entspricht und mit der Gemeinde als solcher nichts zu tun hat. Endlich spricht hiefür bis zu einem gewissen Grade die staatliche Aufsichtsführung und Haftung.[25])

Was endlich die Frage anbelangt, ob die beiden Ämter der administrativen oder der richterlichen Gewalt zuzuteilen seien, so haben wir schon früher (§ 1 hievor) darauf hingewiesen, dass die Schuldbetreibung ein Rechtsinstitut spezieller Natur ist, welches sowohl mit der richterlichen, als auch mit der Verwaltungstätigkeit zahlreiche Berührungspunkte aufweist.[26]) Überdies lassen sich auch noch eine ganze Anzahl von Amtshandlungen aufzählen, bei welchen die beiden Ämter als Organ der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit zu funktionieren haben (Aufstellung von Verteilungslisten, Steigerung etc.). Es wäre deshalb wohl nicht rätlich, sie einem dieser Einzelgebiete zuzuweisen, und gar etwa daraus praktische Schlussfolgerungen ziehen zu wollen.

In ihrer Amtstätigkeit haben der Betreibungs- und der Konkursbeamte des öftern Handlungen vorzunehmen,

---

[25]) Gleicher Ansicht Jaeger, Art. 2, N. 7, dagegen Gamser, S. 209 ff.

[26]) Dieser Meinung ist auch das Bundesgericht (A VIII, 26). Dagegen sprechen sich sehr bestimmt für die Auffassung des Betreibungsbeamten als richterlichen Beamten aus: Gamser, S. 188 ff, Reichel, ZBJV XXII, S. 305 ff, ZschwR, NF, VI, S. 584 ff, Zeerleder, ZBJV XXV, S. 167 ff, v. Salis, ZschwR, NF, XII, S. 614 und 621.

welche sie in gewissem Sinne als Vertreter des Schuldners oder des Gläubigers erscheinen lassen (Entgegennahme von Zahlungen für den Gläubiger, Verwaltung der gepfändeten Liegenschaften, Vornahme von Rechtshandlungen für die Konkursmasse etc.). Dies hat denn auch in der Praxis oft zu Ansichtsäusserungen geführt, denen man entnehmen könnte, dass Bundesrat und Bundesgericht wirklich ein zivilrechtliches Mandatverhältnis der Beamten zu den Parteien im Schuldbetreibungsverfahren anzunehmen geneigt wären.[27]) Einer derartigen Auffassung könnte offenbar nicht beigetreten werden, indem sie sich mit der öffentlichrechtlichen Stellung der Beamten nicht vertragen würde. Vielmehr sollen dieselben bei ihren Amtshandlungen die Interessen aller Beteiligten in völlig unparteischer Weise gleichmässig wahren, wie ihnen dies auch im Gesetz mehrfach ausdrücklich vorgeschrieben wird (B 95, Al. 3, 125, Al. 2).[28])

§ 7.

Die Geschäftsführung der Betreibungs- und Konkursämter.

I. Die Geschäftsführung im allgemeinen.

Wie schon früher betont wurde, sind die einzelnen Funktionen der beiden Aemter bundesrechtlich festgelegt. Was dagegen die äussern Verumständungen ihrer Vornahme anbetrifft, so lassen sich dieselben als einen Teil der Amtsorganisation selbst bezeichnen und stehen deshalb unter kantonalem Recht. Ihm wird demnach die Aufstellung von Vorschriften über die Residenzpflicht der Beamten, die Bureau- und Archiveinrichtung, Bureauzeit etc. überlassen.[1]) Das Bundesrecht befasst sich in dieser Beziehung nur mit zwei Punkten, nämlich der Protokoll- und Registerführung

---

[27]) A IV, 112, V, 112.

[28]) In diesem Sinne hat sich übrigens auch die Praxis mehrfach ausgesprochen (A V, 25. 31, 109). Ebenso Gamser, S. 183 ff.

[1]) Vergl. Gamser, S. 73 ff.

einerseits und dem Geldverkehr der Aemter andererseits.

Endlich aber regelt es auch noch die persönlichen Beziehungen der Beamten und Angestellten zu ihrer Geschäftsführung. Und zwar äussert sich diese Regelung in den Bestimmungen über den Ausstand (Inhabilität), das Verbot des Selbstkontrahierens und die Verantwortlichkeit der Beamten und Angestellten.

II. Die Register- und Protokollführung.

Jede amtliche Tätigkeit, namentlich, wenn sie sich auf den rechtlichen Verkehr bezieht, bedarf zu ihrer Kontrolle einer Verurkundung, welche in authentischer Weise über den Gang der einzelnen Funktionen Auskunft gibt. Deshalb führen auch die Betreibungs- und Konkursämter über ihre Amtsverrichtungen, sowie über die bei ihnen einlaufenden Begehren und Erklärungen Protokoll (B 8, Al. 1). Die Protokolle bilden einen Bestandteil des Amtes und seiner Tätigkeit selbst und stellen nicht etwa bloss persönliche Aufzeichnungen des Beamten dar.[2])

Die äussere Form und die innere Ausgestaltung der Protokolle sind regelmässig abhängig von der Art und Weise der zu verurkundenden Geschehnisse. Hieraus resultiert ein prinzipieller Unterschied zwischen der Protokollführung des Betreibungsamtes und derjenigen des Konkursamtes, bezw. der Konkursverwaltung. Das erstere besorgt ausser dem einleitenden Betreibungsverfahren und verschiedenen Hülfsverfahren die Spezialexekution, nämlich die Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung. Bei diesen Funktionen handelt es sich regelmässig um die Entgegennahme einzelner Begehren und die Ausführung der darin verlangten Amtshandlungen. Dieselben liegen für den einzelnen Fall zeitlich immer ziemlich weit auseinander. Es wäre deshalb hier der Natur der Sache nach nicht wohl

[2]) Es hat deshalb auch nicht etwa der Stellvertreter über seine Tätigkeit gesondert Protokoll zu führen, sondern er trägt seine Verrichtungen in die ordentlichen Register und Protokolle des Amtes ein (vgl. auch Jaeger, Art. 1, N. 1).

möglich, für jedes dieser Vorkommnisse ein auch äusserlich in sich abgeschlossenes Protokoll zu führen, ganz abgesehen davon, dass ein derartiges Vorgehen sehr weitläufig und wenig übersichtlich ausfiele. Infolgedessen wird hier regelmässig die Form der allgemeinen Protokollführung oder sog. Registerführung gewählt. Es werden nämlich die einzelnen Amtshandlungen der gleichen Art fortlaufend in dazu bestimmten Registern aufgezeichnet. Im Gegensatz hiezu steht die Form des sog. Spezialprotokolls, welches auch äusserlich in sich abgeschlossen für jede einzelne Exekution gesondert geführt wird. Das Spezialprotokoll findet im Konkurs Anwendung, wo für jeden einzelnen Fall von der Konkurseröffnung bis zum Schlusse des Verfahrens alle amtlichen Handlungen und alle rechtlich relevanten Vorkommnisse fortlaufend aufgezeichnet werden. Ueber diese letztere Art der Protokollführung bestehen keine besondern eidgenössischen Vorschriften. Es ist vielmehr an den kantonalen Aufsichtsbehörden, das Nötige anzuordnen (Verordnung Nr. 1, 27). Für die Funktionen des Betreibungsbeamten werden folgende Bücher verwendet: Eingangsregister, Betreibungsbuch, Gruppenbuch, Personenregister, Tagebuch und Agenda, Kassabuch und Kontokorrent (Verordnung Nr. 1, 28).[3]) Neben den Vorschriften über Bücher und Register bestehen aber auch solche über die für die einzelnen im Betreibungs- und Konkursverfahren vorkommenden Begehren und Verfügungen zu benutzenden Formulare (Verordnung Nr. 1, 1—26). Und zwar werden diese Formulare einesteils durch die bundesrätliche Verordnung aufgestellt, andernteils können sie durch die kantonalen Aufsichtsbehörden vorgeschrieben werden (Verordnung Nr. 1, 1 und 27).

Der rechtliche Charakter der Protokollführung im Schuldbetreibungsverfahren äussert sich einerseits in der Oeffentlichkeit, anderseits in der Beweiskraft derselben.

---

[3]) Ueber die Einrichtung der einzelnen Register und Bücher finden sich eingehende Vorschriften mit Formularen und Mustern in Verordnung Nr. 1, 29—35. Eine kurze Charakteristik vergl. bei Reichel, Art. 8, N. 1.

Oeffentlich sind die Protokolle und Register insofern, als jedermann, welcher ein Interesse nachweist, dieselben einsehen und sich Auszüge aus denselben geben lassen kann (B 8, Al. 2).[4]) Das nachzuweisende Interesse braucht nicht ein speziell betreibungsrechtliches zu sein, muss aber jedenfalls einen rechtlichen Hintergrund besitzen. Bloss zur Befriedigung der Neugierde oder zu gewerbsmässigen Informationszwecken hat niemand Anspruch auf Einsichtnahme, so wenig der Beamte, gestützt auf die Vorschrift von B 8, Al. 2 seinerseits Informationen zu erteilen hat.[5]) Die Kognition über das Vorhandensein des gesetzlich geforderten Interesses steht beim Beamten, und es kann sein Entscheid auf dem Beschwerdeweg angefochten werden.

Die Protokolle sind, Gegenbeweis vorbehalten, für ihren Inhalt beweiskräftig (B 8, Al. 3). Es resultiert diese Eigenschaft aus ihrer Natur als öffentliche Urkunden, und es muss dieselbe im angegebenen Umfang von den kantonalen Prozessgesetzen ausnahmslos respektiert werden. Sie macht also sowohl im Prozessfall, als auch im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Regel.[6]) Der Gegenbeweis kann durch jedes prozessual zulässige Beweismittel erbracht werden.[6a])

III. Der Geldverkehr der Ämter.

Der Zweck und die Aufgabe des Schuldbetreibungsverfahrens bringen es mit sich, dass die beiden Aemter

---

[4]) Für die Erteilung von Auszügen wird eine Gebühr erhoben (Tarif 5).

[5]) A I, 2, III, 36, VIII, 59, X, 62. Die Einsicht ist nur in solche Protokolle zu gestatten, welche mit dem nachgewiesenen Interesse im Zusammenhang stehen; vergl. Reichel, Art. 8, N. 2. Martin, S. 7 verlangt geradezu ein pekuniäres Interesse, was offenbar zu weit geht. Jedenfalls ist der Konkursgläubiger stets zur Einsichtnahme befugt; vergl. BE XXVIII (1), 25.

[6]) Vergl. A III, 36; BE XXVI (1), 44, 92, XXXI (1), 111.

[6a]) Die Protokolleintragung besitzt niemals konstitutive Bedeutung, d. h. die vorgenommene Amtshandlung besteht auch ohne Protokollierung zu Recht. Sie muss aber, wenn bestritten, bewiesen werden. Vergl. BE XXXII (1), 24.

einen umfangreichen Geldverkehr zu bewältigen haben. Da das Vollstreckungsverfahren auf dem sog. Versilberungsprinzip beruht, d. h. der Gläubiger nicht aus den beschlagnahmten Gegenständen, sondern aus ihrem Erlös befriedigt wird, so ist es Aufgabe des Amtes, bezw. der Konkursverwaltung, den Erlös einzukassieren und an die Gläubiger abzuführen. Unser Recht geht aber, wenigstens hinsichtlich des Betreibungsamtes, noch einen Schritt weiter, indem es vorschreibt, dass das Amt Zahlungen für Rechnung des betreibenden Gläubigers entgegenzunehmen hat (B 12, Al. 1). Darunter sind selbstverständlich nur Zahlungen für eine in Betreibung liegende Schuld zu verstehen, weshalb solche auch nur so lange gemacht werden können, als die Betreibung rechtlich noch in Kraft steht.[7]) Dabei kommt es aber nicht darauf an, ob die Zahlung vom Schuldner oder von einem Dritten ausgeht, wenn sie nur dazu bestimmt ist, die Betreibungsschuld zu tilgen und damit die Betreibung selbst überflüssig zu machen.[8]) Dies ist aber nicht der Fall, wenn die Zahlung nur unter Vorbehalten gemacht werden will, und es hat deshalb der Beamte eine in dieser Weise angebotene Zahlung einfach abzulehnen.[9]) Entsteht Streit darüber, auf welche von mehreren Betreibungen des nämlichen Gläubigers gegen den nämlichen Schuldner eine gemachte Zahlung anzurechnen ist, so ist derselbe im Prozessverfahren gemäss B 85 auszutragen.[10]) Wird nur eine Teilzahlung gemacht, so ist die Betreibung für den Rest fortzusetzen.[11])

---

[7]) Gl. M. Jaeger, Art. 12, N. 2.

[8]) Dies kann sogar gegen den Willen des Schuldners geschehen (A III, 37). Die Kritik dieses Entscheides bei Reichel, 12, N. 2 ist unbegründet. Es handelt sich hier nicht um einen Eingriff in die zivilrechtlichen Verhältnisse des Schuldners, wie Reichel meint, sondern es wird die Betreibung eingestellt, weil ihr Zweck, Deckung für den Gläubiger zu erhalten, erreicht ist.

[9]) BE XXII, 44. Dagegen darf m. E. der Beamte nicht einfach, wie es im Falle A IV, 40 geschah, die Zahlung entgegennehmen und den Vorbehalt ignorieren, so auch BE XXXIII (1), 138.

[10]) BE XXIV (1), 23, vergl. Jaeger, Art. 12, N. 1.

[11]) Für Zulässigkeit von Teilzahlungen auch Reichel, Art. 12, N. 3 und v. Salis, ZschwR, NF, XII, S. 576; Martin, S. 9; BE XXIV (1), 91.

Die Wirkung einer derartigen Zahlung ist aber nicht bloss eine betreibungsrechtliche, sondern auch eine zivilrechtliche. Die Schuld erlischt durch die Zahlung an das Betreibungsamt (B 12, Al. 2). Und zwar tritt diese Erlöschung schon mit dem Empfang der Zahlung durch das Amt und nicht etwa erst mit der Ablieferung an den Gläubiger ein. Es kann daher der letztere mangels Ablieferung nicht gegen den Schuldner, sondern lediglich gegen den Betreibungsbeamten vorgehen. Die Schuld ist und bleibt, soweit Zahlung erfolgte, getilgt.[12])

Die Befugnisse und Pflichten der Betreibungs- und Konkursämter im betreibungsrechtlichen Geldverkehr erstrecken sich aber nur auf das Inkasso, nicht auch auf die Aufbewahrung der eingehenden Gelder. Vielmehr sind Geldsummen, Wertpapiere und Wertsachen, über welche nicht binnen drei Tagen nach dem Eingange verfügt wird, der Despositenanstalt zu übergeben (B 9).[13]) Diese Regel ist eine amtliche Ordnungsvorschrift, und weder Gläubiger noch Schuldner können daraus irgend welche Rechte herleiten. Dagegen hat die Aufsichtsbehörde gegen einen Beamten, welcher ihr nicht nachkommt, einzuschreiten, und dieser haftet auch für den Untergang eines hinterlegungspflichtigen, aber nicht rechtzeitig deponierten Gegenstandes schlechtweg.[14]) Die Deposition geschieht dabei immer auf Rechnung des zum Bezug des Geldes oder des Erlöses aus dem Papier oder dem Wertgegen-

---

[12]) A III, 78; vergl. auch Jaeger, Art. 12, N. 5; v. Salis a. a. O. S. 576. Massgebend ist dabei aber immer die effektiv erfolgte Zahlung und nicht etwa ein irrtümlicher Wortlaut der betreibungsamtlichen Quittung. Immerhin können von der erhaltenen Zahlung vorerst die Betreibungskosten abgezogen werden (A II, 76).

[13]) Ueber die Despositenanstalt vergl. § 12. II, Ziff. 1 hienach.

[14]) Die Despositenpflicht besteht ohne Rücksicht auf die Höhe des Betrages oder Wertes (vergl. Jaeger, Art. 9, N. 6) und ebenso ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grunde die Zahlung einging, also auch dann, wenn eine Zahlung gemäss B 12 unter einem Vorbehalt geleistet und entgegengenommen wurde (BE XXII, 44).

stande Berechtigten; allfällige Depotzinse sind zu der hinterlegten Summe zu schlagen. [15])

IV. Das persönliche Verhältnis des Beamten zu den von ihm auszuführenden Funktionen.

Die Betreibungs- und Konkursbeamten besitzen bei Ausführung ihrer Amtshandlungen eine ausgedehnte Machtvollkommenheit, welche, wenn zu eigennützigen oder sonstwie persönlichen Zwecken ausgenützt, sowohl die berechtigten Interessen der beteiligten Personen erheblich schädigen, als auch dem Ansehen des Amtes und der öffentlichen Rechtssicherheit Abbruch tun würde. Der Gesetzgeber hat deshalb mit allen Mitteln dafür zu sorgen, dass die Unparteilichkeit der vollziehenden Organe möglichst gesichert wird. Dies sucht er zu erreichen einmal durch das Verbot des Abschlusses von Geschäften auf eigene Rechnung, soweit dieselben mit den Funktionen des Amtes in Berührung stehen, und ferner durch Schaffung besonderer Ausstandsgründe.

1. Das Verbot des Selbstkontrahierens. Den Beamten und Angestellten des Betreibungs- und Konkursamtes ist untersagt, für ihre Rechnung bezüglich einer vom Amte einzutreibenden Forderung oder eines von ihm zu verwertenden Gegenstandes mit irgend jemand Rechtsgeschäfte abzuschliessen (B 11). Das Verbot trifft nicht nur die Beamten selbst, sondern auch die sämtlichen Angestellten, welche in dem betreffenden Amte tätig sind, gleichviel, ob sie mit der Eintreibung oder der Verwertung im betreffenden Falle selbst etwas zu tun haben oder nicht.[16])

---

[15]) Ebenso Jaeger, Art. 9, N. 6.

[16]) Es kann deshalb auch nicht etwa dadurch umgangen werden, dass der funktionierende Beamte in Ausstand tritt (A II, 98), oder das Geschäft für sich durch einen Dritten (Strohmann) abschliessen lässt (A III, 1). Dagegen darf der Beamte als Bieter an einer Steigerung auftreten, wenn dies zur Wahrung seiner Interessen deshalb nötig ist, weil er vor Anhebung der Betreibung und nicht etwa im Hinblick auf dieselbe ein dingliches Recht am Steigerungsgegenstand erwarb; vergl. BE XXXI (1), 87. Bedenklich scheint mir das Urteil in BE XXVI (1), 92.

Die Folge der Widerhandlung gegen das Verbot ist in erster Linie die Ungültigkeit der vorgenommenen Rechtshandlung (B 11). Diese Ungültigkeit tritt von Gesetzes wegen ein und kann deshalb von jedem Beteiligten, auch vom schuldhaften Beamten oder Angestellten, angerufen werden, indem ein schlechtweg nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt. Die Nichtigkeit muss aber im Streitfalle durch ein gerichtliches Urteil festgestellt werden, da es sich um zivilrechtliche Rechtsverhältnisse handelt, zu deren Beurteilung die Aufsichtsbehörden nicht kompetent sind. [17])

Im fernern kann die Aufsichtsbehörde wegen Uebertretung des Verbotes gegen den fehlbaren Beamten oder Angestellten gemäss B 15 disziplinarisch einschreiten, und zwar entweder von Amtes wegen oder auf Beschwerde hin. Eine erfolgte Schädigung des Beschwerdeführers ist dabei, wie bei der Beschwerde überhaupt, nicht Voraussetzung der Aktivlegitimation.[18])

Eine dritte Folge endlich besteht in der zivilrechtlichen Haftung des schuldigen Beamten oder Angestellten für den entstandenen Schaden, gleichviel ob derselbe aus der Verbotsübertretung direkt oder auch nur indirekt [19]) resultiert (B 5).

2. Der Ausstand besteht in dem gesetzlichen Verbot der Vornahme der ihnen obliegenden Funktionen durch Beamte und Angestellte in Fällen, wo sie am Ausgang der betreffenden Amtshandlung ein persönliches Interesse haben

---

[17]) Gl. M. Jaeger, Art. 11, N. 3. Nicht gerechtfertigt erscheint die von v. Salis a. a. O., ZschwR, NF, XII, S. 575 vertretene Ansicht, dass Voraussetzung einer gerichtlichen Verurteilung die Feststellung einer geschehenen Gesetzesübertretung durch Entscheid der Aufsichtsbehörde sei. Es handelt sich hier um eine reine Zivilrechtsfrage. Umgekehrt ist aber auch — wie v. Salis richtig hervorhebt — die Aufsichtsbehörde bei disziplinarischer Behandlung des Falles nicht an ein vorhandenes Gerichtsurteil gebunden. Würde die Nichtigkeit vom fehlbaren Beamten selbst geltend gemacht, so wäre er natürlich für jeden entstandenen Schaden haftbar: vergl. Note 19.

[18]) Gl. M. Jaeger, Art. 11, N. 3; dagegen A III, 1.

[19]) Wenn z. B. ein Angebot ausgeschlagen wurde, welches später nicht mehr erzielt werden kann.



oder haben könnten. Der Natur der Sache nach kommt dabei immer nur derjenige Beamte oder Angestellte in Betracht, welcher die betreffenden Funktionen vorzunehmen hat.[20]).

Die Fälle, in welchen der Gesetzgeber ein derartiges persönliches Interesse beim Beamten oder Angestellten schlechtweg und unwiderleglich annimmt, werden ausdrücklich aufgezählt (sog. Ausstandsgründe). Trifft ein solcher Grund zu, so ist die absolute Rechtsvermutung eines unvereinbaren persönlichen Interesses vorhanden. Demnach darf der Beamte oder Angestellte keine Amtshandlung vornehmen:

a. in eigener Sache (B 10, Ziff. 1), was voraussetzt, dass der betr. Funktionär am Betreibungs- oder Konkursverfahren persönlich und direkt beteiligt ist;[21])

b. in Sachen seiner Ehefrau, seiner Verlobten, seiner Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender

---

[20]) Mitglieder der Aufsichtsbehörden und Gerichte sind darunter nicht verstanden; ebenso nicht die Mitglieder einer ausseramtlichen Konkursverwaltung (B 241), sowie der Sachwalter im Nachlassvertragsverfahren (B 295, Al. 3); vergl. BE XXXI (1), 125; Jaeger, Art. 24, N. 1.

[21]) Z. B. als Schuldner, Gläubiger oder Drittansprecher. Ein bloss indirektes Interesse am Ausgang der Betreibung genügt nicht; vergl. A II, 98. Nach Massgabe dieses Grundsatzes ist auch die Frage zu entscheiden, ob die Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft oder Korporation, welche an der Betreibung beteiligt ist, den Beamten gemäss B 10, Ziff. 1 ausstandspflichtig macht. Massgebend für die Beantwortung dieser Frage ist der Umstand, ob das Mitglied mit seinem persönlichen Vermögen für die Schulden der Gesellschaft oder Korporation haftet. Ist dies der Fall, wie z. B. bei der Kollektivgesellschaft, der Kommanditgesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft (für den unbeschränkt haftenden Gesellschafter) und der Genossenschaft mit persönlicher Haftung der Genossenschafter, so liegt der Ausstandsgrund vor; nicht dagegen bei der Aktiengesellschaft, der oben nicht erwähnten Genossenschaft und dem Verein. Es kann aber in diesen letztern Fällen ein Ausstandsgrund gemäss B 10, Ziff. 3 zutreffen; vergl. unten Note 23.

Linie, und seiner Verwandten und Verschwägerten in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grade (B 10, Ziff. 2)[22]).

c. in Sachen einer Person, deren gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter oder Angestellter er ist (B 10, Ziff. 3)[23]).

Das Verfahren, welches beim Vorhandensein eines Ausstandsgrundes einzuschlagen ist, wird im Gesetze

---

[22]) Die Berechnung der Grade erfolgt nach der römischrechtlichen Komputation, d. h. nach der Zahl der stattgefundenen Zeugungen; vergl. darüber den Bericht der ständerätlichen Kommission (BBl 1886, III, S. 641 und 746; Jaeger, Art. 10, N. 7; Reichel, Art. 10, N. 2, und ferner einen sehr klar motivierten Beschluss des zürcherischen Obergerichtes vom 10. Juli 1908, abgedr. bei Leemann: Zur Interpretation der Ausstandsbestimmungen des Art. 10, Ziff. 2 und 3 B, SchwJZ V, S. 71 ff). Kantonalrechtliche Bestimmungen kommen nicht in Betracht; a. M. Hafter: Zur Frage der Ausstandspflicht der Schuldbetreibungs- und Konkursbeamten, SchwJZ IV, S. 19 ff. Der Ausdruck in B 10, Ziff. 2, «bis und mit dem dritten Grad» bezieht sich nach den zutreffenden Ausführungen des zürcherischen Obergerichtes a. a. O. sowohl auf die Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie als auch auf diejenigen in der Seitenlinie. Es werden deshalb in dem zitierten Beschluss folgende in Betracht kommende Fälle aufgezählt:

a. Verwandte und Verschwägerte aufsteigender Linie: Eltern, Grosseltern, Urgrosseltern, Stiefeltern, Stiefgrosseltern, Stiefurgrosseltern, sowie Eltern, Grosseltern und Urgrosseltern der Ehefrau;

b. Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie: Kinder, Enkel, Grossenkel, Stiefkinder, Stiefenkel und Stiefgrossenkel, sowie die Ehegatten der Kinder und Enkel;

c. Verwandte und Verschwägerte der Seitenlinie: Geschwister, Oheim und Tante, Neffe und Nichte, sowie die Ehegatten der soeben aufgezählten Personen und die Geschwister, Oheime, Tanten und Nichten der Ehefrau;

d. Adoptivverwandte: Adoptiveltern, Adoptivkinder, -Enkel und -Urenkel, sowie deren Ehegatten.

[23]) Gesetzliche Vertreter sind Vormünder, Beistände, sowie die für die vermögensrechtliche Leitung des Staates oder der Gemeinden und anderer Korporationen verantwortlichen Organe; als Bevollmächtigte kommen in Betracht Mandatare, Anwälte etc. Das Vertretungs- oder Vollmachtsverhältnis muss natürlich die betreffende Amtshandlung direkt berühren, bezw. mit ihr kollidieren; vergl. A IV, 125.

selbst nur für die Beamten näher umschrieben:[24]) Der Beamte übermittelt ein an ihn gerichtetes Begehren um Vornahme einer Amtshandlung sofort seinem Stellvertreter und benachrichtigt hievon den Gläubiger (B 10, Al. 2). Sofern er aber keinen gesetzlichen Stellvertreter besitzen sollte (z. B. der ordentliche Stellvertreter selbst, auf den sich — nach dem oben in § 6, IV, Ziff. 2, lit. b Ausgeführten — das Verbot auch bezieht), wird er am besten die Aufsichtsbehörde benachrichtigen und ihre Verfügung abwarten. Tritt der Fall bei einem Angestellten ein, so ist er zur Anzeige an seinen Vorgesetzten verpflichtet, welcher ihn in diesem Geschäft nicht funktionieren lassen darf.

Über die Folgen der Übertretung des Verbotes spricht sich das Gesetz — im Gegensatz zu dem Falle in B 11 — nicht aus. Es ist deshalb vor allem keine zivilrechtliche Ungültigkeit der vorgenommenen Handlung (z. B. einer Versteigerung durch den ausstandspflichtigen Beamten) zu präsumieren. Der blosse Ausdruck « . . . darf keine Amtshandlung vornehmen» berechtigt nicht zu einem solchen Schlusse. Dagegen kann und soll die Amtshandlung durch die Aufsichtsbehörde, sei es von Amtes wegen, sei es auf Beschwerde hin, aufgehoben werden.[25]) Eine fernere Folge der Nichtbeachtung eines Ausstandsgrundes kann für den fehlbaren Beamten in der disziplinarischen Massregelung gemäss B 14, sowie in der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für allfällig entstandenen Schaden, gemäss B 5, bestehen.[26])

V. Die Verantwortlichkeit der Beamten und Angestellten.

Dem tatsächlichen Machtbereich, welchen das Gesetz

---

[24]) Das Gesetz spricht sogar nur von Betreibungsbeamten, was Jaeger, Art. 10, N. 10 wohl mit Recht als ein blosses Versehen erklärt.

[25]) Ebenso A IV, 125 und IX, 47, BE XXX (1), 138; v. Salis, a. a. O. ZschwR, NF, XII, S. 574. Zur Beschwerdeführung legitimiert ist jedermann, welcher durch die Handlungsweise des Funktionärs in einem rechtlich geschützten Interesse verletzt wird, was beim Gläubiger und beim Schuldner zu vermuten ist. Ist die Beschwerde verspätet, so soll von Amtes wegen eingeschritten werden.

[26]) Vergl. unten V, Ziff. 2 u. 3.

den Funktionären der beiden Ämter einräumt, entspricht als natürliches Korrelat ihre Verantwortlichkeit, d. h. die Haftbarkeit für die Folgen einer ungerechtfertigten Handlungsweise bei Ausführung der amtlichen Funktionen. Die Handlungsweise kann ihrem Wesen nach verschiedenartig sein: Entweder stellt die betr. Handlung direkt ein Delikt im strafrechtlichen Sinne dar, oder aber sie besteht in einem Verstoss gegen die Amtspflichten des Funktionärs, oder endlich sie hat für die Beteiligten die Verursachung eines Schadens im zivilrechtlichen Sinne zur Folge. Dieser dreifachen Möglichkeit entspricht auch eine dreifache Art der Verantwortlichkeit: die strafrechtliche, die disziplinarische und die zivilrechtliche. Alle drei Arten der Verantwortlichkeit können natürlich u. U. auch gleichzeitig als Folge einer und derselben Handlung eintreten (kumulierte Verantwortlichkeit).

1. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine Handlung kann nach moderner Rechtsanschauung nur insofern bestehen, als diese Handlung durch eine gesetzliche Bestimmung unter Strafe gestellt, d. h. zum Tatbestande eines Deliktes im strafrechtlich-technischen Sinne gestempelt wird (nulla pœna sine lege). Da es sich aber im vorliegenden Falle immer nur um Handlungen eines Beamten oder Angestellten in Ausübung seiner Amtstätigkeit handeln kann, so stehen auch nur die sog. Amtsverbrechen oder Beamtendelikte in Frage. Andere strafbare Handlungen der betr. Personen kommen in diesem Zusammenhang überhaupt nicht in Betracht. Wie nun aber bereits weiter oben gezeigt wurde, stellen die beiden Ämter kantonale Amtsstellen dar (B 2 und 3). Somit beurteilen sich auch allfällige Amtsdelikte ihrer Funktionäre nicht nach den Vorschriften des Bundesstrafrechtes, sondern nach denjenigen der kantonalen Strafgesetzbücher.[27]) B erwähnt die strafrechtliche Verantwortlichkeit überhaupt nicht.

[27]) Ebenso Reichel, Art. 7, N. 2 und Zürcher: Die Strafbestimmungen zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Zeitschrift für Schweizer Strafrecht Bd. II, S. 295); BE XXXIII (1), 106.

2. Die disziplinarische Verantwortlichkeit ist die oberbehördliche Ahndung von Verstössen der Beamten und Angestellten gegen ihre Amtspflichten, sofern durch dieselben nicht etwa der Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt wird (B 14).[28])

a. Die Voraussetzungen der disziplinarischen Verantwortlichkeit werden im Gesetz nicht ausdrücklich aufgezählt, ergeben sich aber indirekt aus B 13, Al. 1 und 14, Al. 2, wo gesagt wird, dass die Überwachung der Ämter den kant. Aufsichtsbehörden zustehe, worauf B 14, Al. 2, fortfährt: «Ein Beamter oder Angestellter kann von ihr mit einer der nachbenannten Ordnungsstrafen belegt werden . . . » Es folgt hieraus, dass disziplinarisch dann und nur dann eingeschritten werden kann, wenn der betreffende Funktionär sich gegen die gesetzliche Ordnung seiner Amtspflichten vergangen hat. Der Anstoss zum Einschreiten kann entweder durch eine von der Behörde selbst gemachte amtliche Wahrnehmung, oder aber durch eine Beschwerde erfolgen. Immerhin ist zu betonen, dass die Beteiligten, d. h. die durch die unkorrekte Handlungsweise des Funktionärs in ihren Rechten und Interessen benachteiligten Personen, nicht etwa einen Disziplinarstrafanspruch besitzen.[29]) Die disziplinarische Verantwortlichkeit entzieht sich dem Bereich spezieller Parteirechte. Wenn also die kant. Aufsichtsbehörde die vom Beschwerdeführer verlangte Disziplinarmassregelung ablehnt, kann er nicht etwa die Weiterziehung an das Bundesgericht ergreifen.[30])

[28]) Die disziplinarische Verantwortlichkeit ist für sämtliche Beamten und Angestellten vorhanden, gleichviel ob dieselben durch die öffentliche Gewalt ernannt sind oder nicht. A. M. Zürcher, a. a. O. Zeitschrift f. Schweizer Strafrecht Bd. II, S. 295; richtig Reichel, 14, N. 3. Dagegen unterstehen der Disziplinarordnung nicht Mitglieder einer ausserordentlichen Konkursverwaltung; denn B 14 wird in B 241 nicht als anwendbar erklärt (ebenso A VII, 109). Es kann aber nötigen Falles Absetzung derselben verfügt werden; vergl. A X, 33.

[29]) Gl. M. Jaeger, Art. 14, N. 6.

[30]) A III, 39; der Grund ist nicht etwa darin zu suchen, dass es sich dabei nur um eine Frage der Angemessenheit (B 17, Al. 1) handle, wie in A II, 14 angenommen wurde; vergl. A XI, 16.

b. Disziplinarbehörden sind die kantonalen Aufsichtsbehörden (B 14; vergl. § 8, II hienach). Die eidgenössische Aufsichtsbehörde kommt als solche nicht in Betracht, und zwar einmal, weil das Gesetz nur den kant. Aufsichtsbehörden und nicht ihr die Disziplinarmittel zur Verfügung stellt, und dann mit Rücksicht darauf, dass die Beamten und Angestellten der beiden Ämter kantonale Funktionäre sind und die Disziplinargewalt einen Teil der Amtsorganisation bildet.[31])

c. Die Disziplinarmittel bestehen in Rüge, Geldbusse bis auf Fr. 200, Amtseinstellung für die Dauer von höchstens sechs Monaten und Amtsentsetzung (B 14, Al. 2)[32]). Eine Art Zusatzstrafe sieht Tarif 57 vor, indem er vorschreibt, dass im Falle offenbarer Verletzung bestehender Vorschriften, welche durch eine Beschwerde geltend gemacht wird, der fehlbare Beamte — abgesehen von der Verwirkung einer Ordnungsstrafe — zur Bezahlung der Kanzleikosten des (sonst kostenlosen) Beschwerdeverfahrens verurteilt werden könne.

d. Das Disziplinarverfahren ist, mangels bundesrechtlicher Vorschriften, durch die kantonale Gesetzgebung zu regeln, welche auch die Kompetenzen der verschiedenen kant. Aufsichtsbehörden zur Verhängung der einzelnen Disziplinarstrafen regelt.[33]) In jedem Falle wird vor der Verhängung der Strafe dem Beamten oder Angestellten das rechtliche Gehör gewährt werden müssen.

3. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit[34]) be-

---

[31]) Ebenso BE XXIII, 251, XXXIII (1), 106; A VII, 109, XI, 11, 116, Jaeger, 14, N. 7.

[32]) Die Vorschrift in B 14, Al. 2 geht auch dem kant. Verfassungsrecht vor. Wo dieses deshalb, wie z. B. in Bern (Verfassung, Art. 16), vorschreibt, dass ein Beamter nur durch gerichtliches Urteil seiner Stelle entsetzt werden dürfe, kann sich der Betreibungs- oder Konkursbeamte, trotzdem sie kant. Beamte sind, nicht auf diese Garantie berufen.

[33]) Die bestehenden Bestimmungen sind ziemlich primitiv; vergl. dieselben bei Brand und Wasem, S. 63–89.

[34]) Gamser, S. 97 ff; Geeser: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen. Diss. Freiburg 1899.

steht in der Haftung der in Betracht fallenden Beamten und Angestellten für einen in Ausübung ihrer dienstlichen Funktionen[35]) schuldhafterweise verursachten Vermögensschaden (vergl. B 5).

a. Träger der Verantwortlichkeit sind einerseits die Betreibungsbeamten und die Vorsteher des Konkursamtes (Konkursbeamten)[36]), anderseits diejenigen Angestellten des Betreibungs- und Konkursamtes, deren Ernennung der öffentlichen Gewalt zukommt (B 4). Hieher gehören alle Angestellten, welche nicht durch den Betreibungs- oder Konkursbeamten, sondern entweder durch Volkswahl, oder seitens einer dritten Behörde ernannt werden.

Nicht ausdrücklich erwähnt das Gesetz die Verantwortlichkeit der Stellvertreter. Es ist aber anzunehmen, dass dieselben, sobald sie in Funktion treten, den von ihnen vertretenen Beamten gleichgestellt sind. Für den Stellvertreter des Betreibungsbeamten ergibt sich dies ohne weiteres aus B 2, Al. 2, wo ausdrücklich gesagt wird, dass er den Beamten «ersetzt».[37]) Hinsichtlich der Stellvertreter des Konkursamtes ist jedenfalls in erster Linie das kantonale Recht massgebend. Das gleiche ist der Fall hinsichtlich der Frage, wie sich die Haftbarkeit bei einem aus mehreren Mitgliedern zusammengesetzten Konkursamt regelt.[38])

b. Objektive Voraussetzungen der Haftbarkeit sind:

aa. Ein in Ausübung amtlicher Funktionen verursachter Schade und zwar ein Vermögensschade.[38a])

---

[35]) B 5 hebt die Tatsache, dass der Schaden in Ausübung dienstlicher Funktionen eingetreten sein muss, nicht besonders hervor, weil selbstverständlich.

[36]) Dem Konkursbeamten wird gleichgestellt die von den Gläubigern gewählte (ausseramtliche) Konkursverwaltung (B 241).

[37]) Ebenso Jaeger, Art. 2, N. 3; 5 N. 1, sowie Gamser, S. 102; vergl. oben § 6, IV, Ziff. 2, lit. b.

[38]) Ebenso Reichel, Art. 5, N. 4; a. M. Jaeger, Art. 5, N. 2; ausführlich behandelt die Frage Gamser, S. 108 ff.

[38a]) Nicht aber tort moral, wie Gamser, S. 103, in Anlehnung

bb. Ein Verschulden des haftbaren Beamten oder Angestellten, wobei durch B 5, Al. 1 die Betreibungs- und Konkursbeamten auch für den durch das Verschulden der von ihnen selbst ernannten Angestellten verursachten Schaden verantwortlich erklärt werden.[39])

cc. Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Handlung und dem eingetretenen Schaden.[39a])

Die Bestimmungen der Art. 50 ff OR über die Haftung für ausserkontraktliches Verschulden sind anwendbar, soweit dies nicht durch Art. 64 OR ausgeschlossen ist, d. h. insofern die betr. Fragen nicht durch B 5—7, bezw. durch die kantonale Gesetzgebung geregelt werden. Namentlich erklärt die Praxis Art. 51 OR betreffend die Berücksichtigung eines dem Geschädigten zur Last fallenden Mitverschuldens regelmässig als anwendbar.[40])

c. Hinsichtlich der Geltendmachung des Schadenersatzanspruches schreibt B 5, Al. 1 vor, dass die schuldigen Beamten und Angestellten dafür gerichtlich belangt werden können.

Diese Bestimmung garantiert in erster Linie dem Verletzten den staatlichen Rechtsschutz für seinen Anspruch. Und zwar geht aus dem Wortlaute hervor, dass der Zivilprozess den einzuschlagenden Rechtsweg darstellt. Demselben steht natürlich auch die adhäsionsweise Geltend-

---

an Geeser meint. Damit wäre die Haftung des Staates (B 6), sowie die Haftung der Beamten für die von ihnen ernannten Angestellten (B 5, Al. 2) nicht vereinbar.

[39]) Ein Verschulden darf jedenfalls präsumiert werden, wenn der Beamte einer gesetzlichen Vorschrift oder einer Weisung der Aufsichtsbehörde zuwidergehandelt hat. Einzelfälle vergl. in BE XXVI (1), 65, XXVIII (2), 38, XXX (1), 137. Auf den Grad des Verschuldens kommt es niemals an, und es findet deshalb die Bestimmung einiger kant. Verantwortlichkeitsgesetze, welche eine Haftung nur bei schwerem Verschulden vorsehen, nicht Anwendung; vergl. Gamser, S. 106; Reichel Art. 5, N. 6.

[39a]) Vergl. BE XXXI (2), 49.

[40]) Vergl. BE XXXI (2), 49, wo die nicht rechtzeitige Erhebung einer Beschwerde als Mitverschulden betrachtet wird; hiegegen Gamser, S. 106; vergl. ferner Jaeger, Art. 5, N. 5 und Rossel, Manuel du droit féd. des obligations, 2me éd., p. 99.

machung im Strafprozess gleich. Die Annahme der Klage durch die Zivilgerichte darf seitens der Kantone nicht etwa von einer vorausgehenden Feststellung der Verantwortlichkeit, bezw. der stattgefundenen Verletzung einer Amtspflicht durch eine Verwaltungs- oder Aufsichtsbehörde (sog. garantie constitutionnelle), wie sie z. B. die bern. Kantonalverfassung Art. 15 vorsieht, abhängig gemacht werden. Die Gerichte haben überhaupt die Verschuldensfrage selbstständig zu prüfen, und es sind für sie auch die in einem allfällig vorhergehenden Beschwerdeentscheid enthaltenen Feststellungen nicht verbindlich.[41])

Umgekehrt kann natürlich auch der Verletzte seinerseits nicht verlangen, dass der Beamte oder Angestellte ihm gegenüber anlässlich eines Beschwerdeverfahrens verantwortlich erklärt oder gar zu einer Entschädigung verurteilt werde. Das Gesetz will eben auch dem Beamten die Garantie verleihen, dass seine Haftbarkeit nur auf gerichtlichem Wege festgestellt werden kann. Deshalb treten auch die Aufsichtsbehörden auf solche beschwerdeweise geltend gemachte Ansprüche grundsätzlich nicht ein, sondern verweisen den Kläger an die Gerichte.[42])

Wer zur Klageerhebung legitimiert ist, sagt das Gesetz nicht. Es ist deshalb anzunehmen, dass jedem Beteiligten die Klage zusteht. Als solcher kommt in Betracht

---

[41]) BE XXX (1), 31; A V, 108; VII, 42; a. M. Reichel, Art. 5, N. 1. Das Bundesgericht geht übrigens dieser Streitfrage dadurch aus dem Wege, dass es meistens eine Feststellung der Schuldfrage im Beschwerdeverfahren ablehnt.

[42]) BE XXIX (1), 123, XXX (2), 26, 79, XXXI (1), 93, XXXII (1), 22, 86, A VII, 1, 117; ebenso v. Salis a. a. O., ZschwR, NF, XII, S. 548. Dagegen nimmt das Bundesgericht an, dass der Beamte, welcher an einen Unberechtigten eine Zahlung macht, durch die Aufsichtsbehörde auf Beschwerde hin zur nochmaligen Zahlung verurteilt werden kann; vergl. A IV, 16, VIII, 129. Logischer scheint uns die frühere Praxis des Bundesrates, welcher die Frage verneinte; vergl. A III, 42. Fraglich erscheint bei der neuern Praxis, ob ein derartiger Beschwerdeentscheid im Falle der Bestreitung durch den Beamten einen exequierbaren Titel bilden würde.

der Geschädigte, seine Rechtsnachfolger, sowie der Kanton, welcher gemäss B 6 für den Beamten oder Angestellten einzutreten hat.

Betreffend die Verjährung des Schadenersatzanspruches stellt B 7 die nämliche Vorschrift auf, wie sie in Art. 69 OR enthalten ist: «Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt in einem Jahre von dem Tage hinweg, an welchem der Geschädigte von der Schädigung Kenntnis erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von 10 Jahren von dem Tage der Schädigung an gerechnet. Wird jedoch die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch.»

Hinsichtlich des Beginnes, der Unterbrechung und des Stillstandes der Verjährung, sowie ihrer Wirkung müssen beim Stillschweigen des Gesetzes die Vorschriften der Art. 146—160 OR analog angewendet werden.[43]) Andere Verjährungsfristen dagegen als die in B 7 vorgesehenen können nicht Anwendung finden.[43a])

d. Da das Publikum zur Inanspruchnahme bestimmter Aemter gezwungen ist, so rechtfertigt es sich, dass ihm nicht das Risiko einer allfälligen Insolvenz der ihm verantwortlichen Beamten und Angestellten aufgebürdet wird. Dies wird verhindert durch die Festsetzung der subsidiären Haftbarkeit des Staates für die Schadenersatzpflicht der haftbaren Beamten. Soweit die Beamten und Angestellten oder deren Bürgen den Schaden, für welchen sie verantwortlich sind, nicht ersetzen können, haftet der Kanton (B 6, Al. 1).[44]) Der Geschädigte, welcher

---

[43]) Die Unterbrechung der Verjährung kann somit nicht etwa durch Erhebung einer Beschwerde herbeigeführt werden; Revue XVI, 48; ebenso Jaeger, Art. 5, N. 6.

[43a]) BE XXXI (2), 96.

[44]) Dies hindert natürlich nicht, dass das kantonale öffentliche Recht an Stelle der in B 6 vorgesehenen subsidiären Haftbarkeit die direkte Haftung des Staates einführt. Wo dies, wie z. B. in Bern (Staatsverf. Art. 15), Baselstadt (Art. 9), schlechtweg für alle Beamten vorgesehen ist, fallen auch die Betreibungs- und Konkursbeamten ohne weitere Erwähnung darunter.

sich an den Kanton halten will, muss also regelmässig nachweisen, dass er vom Schuldigen, bezw. von seinem Amtsbürgen keine Bezahlung des ihm gerichtlich zugesprochenen Schadenersatzbetrages erhalten kann.[45]) Dabei steht aber dem Staate die Einrede zu, dass der Kläger die Erfolglosigkeit seines Anspruches gegenüber dem Beamten oder Bürgen selbst verschuldet habe. Bestritten ist die Frage, ob der Staat sich auch auf die Verjährung gemäss B 7 berufen kann. Sie ist richtigerweise zu bejahen, da B 7 schlechtweg vom Anspruch auf Schadenersatz spricht, ohne den Anspruch gegenüber dem Staat, wie er in B 6 vorgesehen ist, davon auszuschliessen.[45a])

Für die von ihm geleistete Zahlung kann natürlich der Kanton auf den schuldigen Beamten oder Angestellten, bezw. deren Bürgen zurückgreifen (vergl. B 6, Al. 2). Ueberdies sieht das Gesetz auch noch einen Rückgriff des Kantons gegen die Wahlkreise vor, von denen die Beamten oder Angestellten ernannt sind (B 6, Al. 2). Voraussetzung eines derartigen Regressanspruches ist aber natürlich, dass der betreffende Wahlkreis einen korporativ organisierten Gebietsteil mit juristischer Persönlichkeit und eigenem Vermögen darstellt. Andernfalls bleibt die Bestimmung gegenstandslos, da der Kanton nicht die einzelnen Wähler belangen kann.[46])

e. Zur Deckung des Kantons für seine Haftbarkeit sieht das Gesetz das Institut der Amtskaution vor. Die Kantone sind berechtigt, von den Beamten und Angestellten, für welche sie verantwortlich sind, Sicherheitsleistung zu verlangen (B 6, Al. 3). Kautionsberechtigt ist also nur der Kanton und nicht etwa auch ein ebenfalls regresspflichtiger

---

[45]) Gamser, S. 115 und Reichel, Art. 6, N. 1 wollen den Nachweis nur durch einen Verlustschein erbringen lassen; vergl. auch Zeerleder, a. a. O., ZBJV, XXV, S. 167.

[45a]) A. M. Reichel, Art. 7, N. 2 und Jaeger, Art. 7, N. 1, welche hier die allgemeinen Verjährungsfristen Platz greifen lassen wollen; vergl. dagegen BE XXXI (2), 96.

[46]) Vorgesehen ist dieser Rückgriff in Schwyz, Luzern, Appenzell A. Rh., Graubünden und Thurgau; vergl. darüber Gamser, S. 109.

Wahlkreis. Kautionspflichtig kann vom kantonalen Recht jeder Beamte und Angestellte erklärt werden, welcher im Sinne von B 5, Al. 2 durch die öffentliche Gewalt, also nicht durch den Betreibungs- oder Konkursbeamten gewählt wird.

Form, Höhe und Inhalt der Amtskaution bestimmt das kantonale Verwaltungsrecht.[47]) Es hat auch zu bestimmen, wer berechtigt ist, auf die geleistete Kaution zu greifen, ob der Staat oder der Geschädigte oder beide gleichzeitig.[48])

Zweiter Unterabschnitt.

Die Aufsichtsbehörden.

§ 8.

Organisation und Funktionen.[1])

I. Begriff und Arten.

Zur Sicherung einer richtigen und gleichmässigen Ausübung der schuldbetreibungsrechtlichen Vollstreckungsfunktionen unterstellt der Gesetzgeber dieselben einer oberbehördlichen Kontrolle. Da, wie oben gezeigt wurde, die ausübenden Organe kantonale Beamte darstellen, so ist es natürlich, dass die unmittelbare Kontrolle, d. h. die Ueberwachung der Aemter, ebenfalls von kantonalen Behörden ausgeübt wird. Weil es sich indessen um ein Rechtsinstitut des Bundesrechtes handelt, dessen gleichmässige Verwaltung im ganzen Lande möglichst gefördert

[47]) Vergl. betreffend die Höhe der Kautionen Gamser, S. 83 ff. 92.

[48]) Gamser, S. 121 scheint anzunehmen, dass die Kaution ausschliesslich nur dem Kanton oder dem Wahlkreis gegenüber bestellt werden könne. Diese Meinung widerlegt sich aber schon durch den Wortlaut in B 6, Al. 1, wo es heisst, dass der Kanton hafte, soweit die Beamten und Angestellten oder deren Bürgen den Schaden nicht decken können. Diese Bürgen sind nur im Sinne einer Amtskaution denkbar. Eine direkte Haftung gegenüber Staat und Geschädigten sieht ausdrücklich vor das bernische Dekret über die Amts- und Berufskautionen vom 18. Mai 1892, § 12, vergl. hiezu Jaeger, Art. 6, N. 6.

[1]) Vergl. Gamser, § 125 ff.

werden muss, so erscheint auch eine eidgenössische Kontrolle als unerlässlich. Dieselbe äussert sich in der Form der Oberaufsicht über das gesamte Schuldbetreibungswesen.

Wir besitzen deshalb einerseits kantonale, anderseits eidgenössische Aufsichtsbehörden.

II. Die kantonalen Aufsichtsbehörden.

Kantonale Aufsichtsbehörden werden im Gesetze als obligatorisch vorgesehen. Zur Ueberwachung der Betreibungs- und Konkursämter hat jeder Kanton eine Aufsichtsbehörde zu bezeichnen (B 13, Al. 1).

1. Die Organisation ist, weil kantonale Behörden betreffend, im allgemeinen dem kantonalen Rechte anheimgestellt. Es kann entweder zur Ausübung dieser Funktionen eine neue Behörde schaffen, oder aber dieselben einer bereits bestehenden kantonalen Behörde übertragen. Die Aufsichtsbehörden haben sich aber in allen Fällen, in welchen sie als solche handeln, auch ausdrücklich als solche zu bezeichnen, sei es, dass sie den Titel einer «Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons . . . . .» annehmen, sei es, dass sie ihrem sonstigen Amtstitel den Zusatz beifügen «als kant. Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs» (Verordnung Nr. 2, Art. 1).[2])

Nach dem soeben Gesagten ist es also den Kantonen überlassen, ob sie eine Administrativ- oder eine Gerichtsbehörde mit den Obliegenheiten der Aufsichtsbehörde betrauen wollen. Notwendig ist nur, dass eine einheitliche kantonale Aufsichtsbehörde besteht, d. h. dass die Funktionen nicht auseinandergerissen und an verschiedene von einander unabhängige kantonale Behörden verteilt werden.[3])

Das letzterwähnte Erfordernis hindert aber an sich nicht, dass die Kantone innerhalb ihrer Aufsichtsführung einen Instanzenzug einführen, d. h. für einen oder mehrere

---

[2]) Vergl. dazu die Erläuterungen des Justiz- und Polizeidepartements, abgedruckt bei Reichel, S. 517.

[3]) Jaeger, Art. 13, N. 4 und Geschäftsbericht des Bundesrates pro 1896 (BBl. 1897 I, S. 601.)

Kreise untere Aufsichtsbehörden bestellen (B 13, Al. 2). Das Gesetz betrachtet auch in einem solchen Falle die Aufsichtsbehörden als einheitliches Organ. Es nimmt deshalb keine Ausscheidung der Funktionen vor, welche der untern oder der obern Instanz zu übertragen sind, sondern spricht bei der Kompetenzzuteilung schlechtweg von der Aufsichtsbehörde (B 14). Die Regelung der Zuständigkeit der beiden Instanzen ist somit Sache des kantonalen Rechtes.[4]) Es ist jedoch anzunehmen, dass überall da, wo das Gesetz der kant. Aufsichtsbehörde eine spezielle Obliegenheit zuweist, das kantonale Recht — mindestens im Wege der Weiterziehung — eine Befassung der obern Aufsichtsbehörde mit der Angelegenheit ermöglichen muss, da sie allein die kant. Aufsichtsbehörde im Sinne des Gesetzes darstellt.[5])

Die innere Organisation der Aufsichtsbehörden wird vollständig dem kantonalen Recht überlassen. Es hat in erster Linie zu bestimmen, ob die betreffenden Funktionen einer bestehenden kantonalen Amtsstelle zu übertragen, oder ob zu ihrer Ausübung eine besondere Behörde zu schaffen sei. Die geltenden kant. Gesetzgebungen haben in weitaus den meisten Fällen den erstern Weg eingeschlagen und als obere Aufsichtsbehörde entweder eine Verwaltungsbehörde (Regierungsrat, Direktion des Innern) oder aber ihre obersten Gerichtsinstanzen (Obergericht, Kantonsgericht), bezw. besondere Abteilungen derselben bezeichnet. Als untere Aufsichtsbehörde funktionieren meistens untere Gerichtsinstanzen in den Bezirken (Einzelrichter).[6])

Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, dass auch die Regelung der Wahl- und Besoldungsverhältnisse, sowie der Erlass besonderer Vorschriften über die Art und

---

[4]) In diesem Sinne auch BE XXVII (1), 63.

[5]) Untere Aufsichtsbehörden besitzen gegenwärtig Zürich, Bern, Luzern, Schwyz, Glarus, Zug, Schaffhausen, Appenzell I. Rh., St. Gallen, Aargau, Thurgau, Waadt, Wallis, Neuenburg. Vergl. die einschlägigen Gesetzesbestimmungen der kant. Rechte bei Brand und Wasem, S. 63 ff.

[6]) Vergl. die Aufzählung bei Reichel, Art. 13, N. 2, sowie die Wiedergabe der Bestimmungen bei Brand und Wasem, S. 63 ff.

Weise der Geschäftsführung Sache der Kantone ist. Die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Betreibungs- und Konkursbeamten (B 5—7), sowie über die Ausstandspflicht und das Verbot der Vornahme eigener Geschäfte (B 10—11) finden auf die Aufsichtsbehörden keine Anwendung.[7])

2. Die Funktionen der kantonalen Aufsichtsbehörden werden, weil mit der Durchführung der Schuldbetreibung in unmittelbarem Zusammenhang stehend, durch den Bundesgesetzgeber, und zwar in abschliessender Weise, geregelt (vergl. B 13, 14).

a. In erster Linie liegt der Aufsichtsbehörde die Ueberwachung der Betreibungs- und Konkursämter ob (B 13, Al. 1), welchen gemäss B 241 auch eine von den Gläubigern gewählte ausseramtliche Konkursverwaltung gleichsteht; sog. allgemeine Aufsicht. Dieselbe ist ausschliesslich auf die genannten Organe beschränkt und kann nicht etwa in analoger Weise auch auf andere mit dem Schuldbetreibungswesen in Verbindung stehende oder mit ihm in Berührung kommende Amtsstellen und Einrichtungen ausgedehnt werden.[8]) Die letztern unterstehen vielmehr den betreffenden Oberbehörden des kantonalen Verwaltungsrechtes. Andererseits aber unterstehen die Betreibungs- und Konkursbeamten hinsichtlich der ihnen gesetzlich übertragenen betreibungsrechtlichen Funktionen ausschliesslich der Aufsichtsbehörde und haben deshalb in dieser Beziehung nur von ihr Weisungen anzunehmen. Namentlich sind sie innerhalb der angegebenen Grenzen auch nicht an allfällige Verfügungen und

---

[7]) Ebenso Jaeger, Art. 13, N. 5; v. Salis, a. a. O., ZschwR, NF, XII, S. 548.

[8]) So z. B. nicht auf diejenige Amtsstelle, welche die Kontrolle der gepfändeten Liegenschaften gemäss B 101 führt; vergl. A VIII, 56; Monatsschrift f. bern. Verwaltungsrecht I, Nr. 229; ebenso nicht auf die Liquidatoren bei einer aussergerichtlichen Liquidation; BE XXII, 46, vergl. A IV, 42.

Entscheide von Gerichtsbehörden gebunden, welche in die Kompetenzen der Vollstreckungsbehörden eingreifen.[9])

Die allgemeine Aufsichtsführung bezieht sich auf alles, was mit der Schuldbetreibung zusammenhängt. Die Aufsichtsbehörde ist deshalb befugt, sowohl allgemeine Vorschriften über die Art und Weise der Amtsführung durch die Betreibungs- und Konkursämter zu erlassen, als auch im einzelnen Fall durch Erteilung zweckdienlicher Weisungen für die richtige Handhabung der gesetzlichen Vorschriften zu sorgen.[10]) Zu einem derartigen Vorgehen ist die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen befugt; es bedarf dazu keines Parteiantrages auf dem Beschwerdeweg.[11]) Wenn deshalb eine Amtshandlung durch Beschwerde vor die Aufsichtsbehörde gebracht wird, so ist dieselbe berechtigt, auch aus andern, als den in der Beschwerdeschrift angeführten Gründen einzuschreiten, sofern jene Amtshandlung mit den Vorschriften des Gesetzes in Widerspruch steht.[12]) Voraussetzung aber ist in allen diesen Fällen, dass

---

[9]) Vergl. A II, 2, 17, III, 106, X, 8; ebenso Jaeger, Art. 17, N. 4 und Gamser, S. 126, sowie die bei beiden zit. Literatur und Judikatur. Selbstverständlich ist dabei, dass auch die Vollstreckungsorgane, speziell die Aufsichtsbehörden, nicht in die durch das Gesetz den Gerichten zugeschiedenen Funktionen hinübergreifen dürfen; vergl. A VIII, 71, 80.

[10]) Es ist klar, dass die Aufsichtsbehörde nur hinsichtlich eigentlicher Amtshandlungen einschreiten kann, also dann nicht, wenn der Betreibungsbeamte eine Handlung infolge privaten Auftrages eines Gläubigers vorgenommen hat; vergl. A VII, 58, 117, X, 36, vorausgesetzt natürlich, dass nicht etwa gerade in der Übernahme dieses Auftrages eine Amtspflichtverletzung liegt.

[11]) Ebenso Jaeger, Art. 13, N. 1; Gamser, S. 129; BE XXIII, 54, 61; A III, 127, V, 22, VI, 19, VIII, 124. IX, 9; vergl. dagegen die in Note 12 zit. Entscheide.

[12]) Ebenso A V, 22 und die übrigen in Note 11 zit. Entscheide. In neuerer Zeit hat allerdings die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer diese Kompetenz eher einschränkend interpretiert und festgestellt, dass ein Einschreiten von Amtes wegen über die gestellten Beschwerdeanträge hinaus nur dann zulässig sei, wenn durch die betreffende Verfügung entweder gesetzliche Vorschriften absolut zwingender Natur verletzt werden (vergl. die Kasuistik in BE XXIV (1), 54, XXV (1), 51, 99, XXVI (1), 19, XXVIII (1), 71, XXIX

die betreffende Amtshandlung in die Kompetenz der Vollziehungsbehörden und nicht etwa in diejenige der Gerichte einschlägt, sowie, dass daraus nicht etwa bereits gesetzlich begründete Rechte der Parteien oder dritter Personen entstanden sind. Ebenso kann sich natürlich der Beschwerdeführer nicht bei einer obern Instanz darüber beschweren, dass die Aufsichtsbehörde in einem Punkte nicht von Amteswegen eingeschritten ist, hinsichtlich dessen er selbst keinen Antrag gestellt hatte.

b. Der kantonalen Aufsichtsbehörde liegt aber auch die technische Aufsichtsführung (Inspektion) ob. Sie hat die Geschäftsführung jedes Amtes alljährlich mindestens einmal zu prüfen (B 14, Al. 1). Diese jährlichen Inspektionen haben sich in erster Linie auf die Art und Weise der Amtsführung, die eigentliche Geschäftsführung im formellen Sinne, zu erstrecken, d. h. es ist festzustellen, ob die Register und Protokolle in gesetzmässiger Weise geführt werden. Daraus wird sich regelmässig auch ein Schluss auf die Art und Weise der Vornahme gesetzlicher Funktionen ziehen lassen und so eine oberbehördliche Einwirkung auf diese letztern selbst ermöglichen.[13]) Die eidgenössische Aufsichtsbehörde ihrerseits kann die Vornahme dieser Inspektionen in der Weise kontrollieren, dass sie von den kantonalen jährliche Berichte verlangt (B 15, Al. 3).

---

(1), 19) oder wenn dadurch bereits durch den ordnungsmässigen Gang des Verfahrens begründete Parteirechte beeinträchtigt werden (vergl. BE XXV (1), 102). Beide Begriffe sind aber sehr vag und bieten jedenfalls für eine genaue Abgrenzung der Kompetenz keine genügend sicheren Anhaltspunkte. Dies namentlich auch aus dem Grund, weil das Gesetz selbst nicht zwischen Vorschriften absolut zwingender und solchen mehr dispositiver Natur unterscheidet. Über die Vorschriften, welche die Schuldbetreibungskammer als absolut zwingender Natur bezeichnet, vergl. die Kasuistik in BE XXII, 53, XXIV (1), 26, XXV (1), 106, XXVIII (1), 45, 70. Gegen die bestehende Praxis vergl. auch die Anmerkung von Brand zu A VII, 76.

[13]) Die Inspektionen brauchen nicht von der kollegialen Behörde in corpore vorgenommen zu werden. Diese kann vielmehr auch ein Mitglied oder ein ihr untergebenes Organ dazu delegieren; ebenso Jaeger, Art. 14, N. 1.

c. Die Disziplinaraufsicht ist die Verwaltung der gesetzlich vorgesehenen Disziplinarmittel (Ordnungsstrafen), d. h. die Geltendmachung der disziplinarischen Verantwortlichkeit gegenüber den Beamten und Angestellten des Betreibungs- und Konkursamtes (B 14, Al. 2; vergl. dazu oben § 6, V Ziff. 2).[14])

d. Als Ausflüsse der aufgezählten Aufsichtsfunktionen sind die speziellen Obliegenheiten zu betrachten, welche das Gesetz den kant. Aufsichtsbehörden durch besondere Vorschriften zuweist. Hieher gehören:

aa. Die Bestimmung der Art und Weise der Verwertung gepfändeter Vermögensstücke besonderer Art (B 132);

bb. die Begutachtung des Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzungen der Konkursbetreibung, sofern dasselbe vom Konkursgericht bezweifelt wird (B 173);

cc. Bewilligung einer allfällig nötigen Verlängerung der Fristen für Aufstellung des Kollokationplanes (B 247, Al. 2);

dd. Untersuchung der Geschäftsführung der Konkursverwaltung, wenn dieselbe anlässlich des Schlussverfahrens dem Konkursgericht zu Bemerkungen Anlass gibt (B 268, Al. 3).

e. Die Betreibungsstatistik ist den kant. Aufsichtsbehörden durch Anordnung des Bundesrates übertragen worden (Verordnung Nr. 3). Es sind statistische Erhebungen zu machen über die Vorgänge im Betreibungs-, Konkurs- und im Nachlassverfahren.[15])

---

[14]) Untere Aufsichtsbehörden. sowie ausseramtliche Konkursverwalter und Sachwalter im Nachlassvertrag können mit den in B 14, Al. 2 vorgesehenen Ordnungsstrafen nicht belegt werden. Gl. M. Jaeger, Art. 14, N. 4; vergl. auch A III, 52; VII, 109, sowie § 6, Note 25 hievor.

[15]) Vergl. Instruktion Nr. 1 für die eidgen. Betreibungsstatistik (Kreisschreiben des eidg. Justizdepartementes vom 30. Dez 1893), abgedr. A II, 144; dazu Landolt: Zur eidgenössischen Betreibungsstatistik, A III, 20 (nicht beendigt); vergl. Zeitschrift für schweiz. Statistik 1891, S. 482 ff. und 1892, S. 242 ff. Die Anlage der Statistik wurde in der Folge bedeutend vereinfacht; vergl. Kreisschreiben des eidg. Justizdepartementes vom 29. Sept. 1894; ferner jetzt Kreisschreiben des Bundesgerichts Nr. 1 vom 30. Juli 1897, Nr. 2 vom 20. Jan. 1898, Nr. 3 vom 23. Dez. 1898.

f. Die wichtigste und zugleich umfangreichste Funktion der Aufsichtsbehörden ist ihre Kognition im Beschwerdeverfahren (vergl. § 9 hienach).

g. Wesentlich nur transitorischen Charakter trägt die Entscheidungskompetenz in Streitigkeiten über die Geltung einzelner Bestimmungen des frühern kantonalen Betreibungsrechtes. B 334 besagt: «Alle Streitigkeiten, welche über die Frage entstehen, ob in einem einzelnen Falle das bisherige kantonale Recht oder das Bundesrecht anwendbar sei, können auf dem Wege des Rekurses in den durch die Art. 17 bis 20 dieses Gesetzes bestimmten Fristen dem Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde und des Bundesgerichtes [16]) unterbreitet werden».

Dieses Verfahren kann aber — wie die bundesgerichtliche Praxis mit Recht festgestellt hat — nur in solchen Fällen stattfinden, wo es sich um Verfügungen der Vollstreckungsbehörden (Betreibungs- und Konkursämter und Aufsichtsbehörden) handelt. Dagegen ist ein derartiger Rekurs gegenüber den im Gesetz vorgesehenen Entscheiden von Gerichtsbehörden ausgeschlossen, da der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte oder haben konnte, das im allgemeinen statuierte System der Kompetenzausscheidung zwischen Gerichten und Vollstreckungsbehörden zu durchbrechen. [17])

III. Die eidgenössische Aufsichtsbehörde.

Dieselbe wurde nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes durch den Bundesrat gebildet. Durch Bundesgesetz vom 28. Juni 1895 wurde aber diese Obliegenheit dem Bundesgericht, bezw. einer besondern Abteilung desselben (Schuldbetreibungs- und Konkurskammer) übertragen. [18]) Als Trägerin der Funktionen wird aber sowohl

---

[16]) Die ursprüngliche Fassung des Art. 334 erklärte den Bundesrat als kompetent, vergl. Bundesgesetz vom 28. Juni 1895, Art. 1.

[17]) Vergl. BE XIX, 16; XXII, 11. 150; XXIII, 129. Entgegengesetzter Ansicht war früher der Bundesrat (A III, 108).

[18]) Über die historische Entwicklung dieser Verhältnisse vergl. § 2 und § 3, III hievor.

in B 15 und 18 als auch im Abänderungsgesetz vom 28. Juni 1895 das Bundesgericht genannt.[19])

1. Die Organisation wird nicht im B geregelt, sondern im Bundesgesetz vom 22. März 1893 über die Organisation der Bundesrechtspflege, abgeändert durch das Bundesgesetz vom 28. Juni 1895 betr. die Uebertragung der Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen an das Bundesgericht, sowie durch das Bundesgesetz vom 24. Juni 1904 betr. Vermehrung der Zahl der Mitglieder des Bundesgerichtes.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer wird durch das Bundesgericht als seine dritte Abteilung aus seiner Mitte bestellt und besteht aus drei Mitgliedern. Das Gericht wählt eines dieser Mitglieder zum Präsidenten der Kammer (OG 16). Die Wahlen geschehen jeweilen für die Dauer von zwei Jahren (OG 19). Die Kammer muss stets vollzählig besetzt sein und wird, soweit nötig, der Kehrordnung nach durch die andern Mitglieder, und wenn dies nicht tunlich ist, aus der Zahl der Ersatzmänner des Bundesgerichts ergänzt (OG 20 und 21). Im übrigen gelten hinsichtlich der Organisation und Zusammensetzung der Kammer, sowie der Stellung ihrer Mitglieder die für die Organisation des Bundesgerichtes erlassenen allgemeinen Bestimmungen (OG 1—47).

Die Geschäftsordnung der Kammer wird vom Bundesgericht durch ein besonderes Reglement festgesetzt (OG 21, Al. 3).[20]) Die Verhandlungen der Kammer sind nicht öffentlich (OG 36).

---

[19]) Vergl. Bundesgesetz vom 22. März 1893 über die Organisation der Bundesrechtspflege, Art. 17. Al. 2 (abgeändert durch Art. 6 des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1895): «Ebenso hat in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen, wenn das Gesetz vom Bundesgericht oder dessen Präsidenten spricht, die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer oder ihr Präsident zu handeln». Diese Bezeichnungsart wird auch hier festgehalten.

[20]) Reglement für die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des schweiz. Bundesgerichtes vom 13. Jan. 1896. Dasselbe findet sich nicht in der amtl. Sammlung der Bundesgesetze, ist aber abgedruckt bei Wolf, Die schweiz. Bundesgesetzgebung, 2. Aufl., Bd. I, S. 601 ff.

2. Die Funktionen der Kammer werden im Gesetz ausdrücklich und abschliessend aufgezählt (B 15).

a. Das Bundesgericht übt die Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen aus (B 15, Al. 1). Seine Aufsichtsführung erstreckt sich somit nicht nur auf die Betreibungs. und Konkursämter und ihre Funktionen, sondern auf alles, was mit dem Schuldbetreibungswesen überhaupt zusammenhängt. Sie umfasst demnach auch die kant. Aufsichtsbehörden und die übrigen Institutionen des Schuldbetreibungsrechtes. Dieser Aufsichtskompetenz entspricht nicht nur die Befugnis, von den kantonalen Aufsichtsbehörden jährliche Berichte zu verlangen, sondern auch diejenige, ihnen direkte Weisungen zu erteilen (B 15, Al. 3). Dagegen ist nach dem Wortlaut in B 15, sowie im Hinblick auf das ganze im Gesetz befolgte System anzunehmen, dass die Kammer mit den untern kantonalen Aufsichtsbehörden und den Vollstreckungsbehörden nicht direkt in Beziehung zu treten, sondern ihre Weisungen regelmässig durch das Mittel der obern kantonalen Aufsichtsbehörden ergehen zu lassen hat. Jedoch hat sich bereits der Bundesrat vorbehalten, Inspektionen der Betreibungs- und Konkursämter vornehmen zu lassen,[21]) und es werden dieselben auch durch die Schuldbetreibungskammer angeordnet. Ebenso resultiert aus dem Oberaufsichtsrecht die Befugnis, im einzelnen Falle in das Vollstreckungsverfahren einzugreifen, um den Vorschriften des Gesetzes Nachachtung zu verschaffen. Wenn auch der Anstoss hiezu regelmässig in einer an die Kammer gelangten Beschwerdeweiterziehung liegen wird, so ist doch nicht ausgeschlossen, dass die Behörde auch von Amtes wegen und ohne an die Beschwerdeanträge gebunden zu sein, einschreiten kann.[22]) Die Kompetenz der Schuldbetreibungskammer ist also hierin von derjenigen der kant. Aufsichtsbehörden nicht verschieden (vergl. oben II, Ziff. 2, lit. a).

b. Eine weitere Obliegenheit besteht in der Sorge für die gleichmässige Anwendung des Gesetzes

[21]) Geschäftsbericht pro 1892, abgedr. A II, 59.

[22]) Vergl. BE XXIII, 54, sowie die oben unter Note 10, 11 und 12 zit. Entscheidungen; ebenso Gamser, S. 168.

(B 15, Al. 1). Infolge der kantonalen Organisation der Betreibungs- und Konkursämter, sowie derjenigen der kantonalen Aufsichtsbehörden liegt eben die Gefahr nahe, dass die Anwendung des Gesetzes in den einzelnen Kantonen in heterogener Weise ausfallen könnte. Aufgabe der Kammer ist es daher, diese Unterschiede möglichst auszugleichen. Dies kann geschehen durch den Erlass allgemeiner Verordnungen[23]) und Weisungen (Kreisschreiben) (B 15, Al. 3), sowie durch die Judikatur, welche zu diesem Zwecke amtlich publiziert wird. Selbstverständlich ist aber auch hier, dass sich die Weisungen der Kammer nur auf diejenigen Gebiete der Gesetzesanwendung erstrecken können, welche nicht durch das Gesetz selbst den Gerichten zugewiesen werden.

c. Anschliessend an die soeben erwähnte Kompetenz ist diejenige der Reglementierung. Das Bundesgericht erlässt die zur Vollziehung des Gesetzes erforderlichen Verordnungen und Reglemente (B 15, Al. 2). Es geht diese Befugnis über die sub b. aufgezählte insofern hinaus, als es sich dabei nicht bloss, wie dort, um den Erlass von Dienstvorschriften handelt, welche sich der Natur der Sache nach nur an die Vollziehungsorgane und Aufsichtsbehörden wenden, sondern um allgemein verbindliche Verordnungen, welche den Inhalt des Gesetzes selbst ergänzen.[24]) Das Bundesgericht ist hier streng genommen an Stelle des Bundesrates getreten, welchem gemäss Art. 102, Ziff. 5 BV die Vollziehung der Bundesgesetze obliegt. In einem einzigen Punkte hat das Abänderungsgesetz vom 28. Juni 1895 die Verordnungskompetenz des Bundesrates noch gewahrt, nämlich hinsichtlich der Festsetzung des Gebührentarifs (B 16, Al. 1).

d. Die Schuldbetreibungskammer hat aber auch gewisse administrative Massnahmen zur Erleichterung der Durchführung des Schuldbetreibungsverfahrens zu treffen. Sie sorgt dafür, dass die

---

[23]) Vergl. A I, 70 und Gamser, S. 166.

[24]) Die seinerzeit vom Bundesrat erlassenen Verordnungen stehen noch immer in Kraft, vergl. § 3 hievor.

Betreibungsämter in den Stand gesetzt werden, Verzeichnisse der in ihrem Kreise wohnenden der Konkursbetreibung unterliegenden Personen zu führen (B 15, Al. 4).[25])

e. Die Kammer hat auch die Entgegennahme und Bekanntmachung der kant. Mitteilungen über die Organisation der Vollstreckungsbehörden zu besorgen. B 28[26]) schreibt vor: «Die Kantone haben dem Bundesgericht die Betreibungs- und Konkurskreise, die Organisation der Betreibungs- und Konkursämter, die von ihnen in Ausführung dieses Gesetzes bezeichneten Behörden, sowie die Namen der Betreibungsbeamten, ihrer Stellvertreter und der Konkursbeamten zur Kenntnis zu bringen. Das Bundesgericht sorgt für angemessene Bekanntmachung dieser Angaben.» [27])

f. Die Kammer ist Rekursinstanz in Beschwerdesachen (vergl. § 9 hienach).

g. Endlich hat sie als obere Rekursinstanz alle Streitigkeiten zu beurteilen, welche über die Frage entstehen, ob in einem einzelnen Falle das bisherige kantonale Recht oder das Bundesrecht anwendbar sei (B 334). Damit wird aber keine besondere Gerichtsbarkeit in betreibungsrechtlichen Streitsachen geschaffen, soweit es sich nicht um eine Weiterziehung kantonaler Beschwerdeentscheide gemäss B 19 handelt.[28]) Es gilt also auch hier das oben sub II, Ziff. 2, lit. g Gesagte.

---

[25]) Den Ämtern wird zu diesem Zwecke das Schweizerische Handelsamtsblatt unentgeltlich zugesandt, worin die im Handelsregister eingetragenen physischen und juristischen Personen und Gesellschaften publiziert werden; vergl. B 39 und Verordnung vom 6. Mai 1890 über Handelsregister und Handelsamtsblatt.

[26]) In der ihm durch Art. 1 des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1895 gegebenen Fassung.

[27]) Dagegen steht die Genehmigung der von den Kantonen erlassenen Gesetze und Verordnungen, soweit eine solche vorgesehen ist, nach wie vor dem Bundesrat zu (B 29).

[28]) Vergl. BE XXX (1), 117.



§ 9.

Fortsetzung: Die Beschwerde.[1])

I. Begriff.

Die Beschwerde ist ein spezifisch betreibungsrechtliches Institut, welches dazu bestimmt ist, die Amtshandlungen der Vollstreckungsorgane korrigieren zu lassen, sofern sie den Bestimmungen oder dem Sinn und Geist des Schuldbetreibungsrechtes widersprechen.[1a]) Ihrem äussern Aufbau nach weist die Beschwerde eine gewisse Aehnlichkeit mit den Rechtsmitteln des Zivilprozesses auf, indem sie sich als eine Weiterziehung der Verfügungen eines Vollstreckungsorganes an die Aufsichtsbehörden darstellt. Durch ihren Gegenstand und in den Fällen ihrer Anwendbarkeit unterscheidet sie sich aber durchaus von dem zivilprozessualen Rechtsmittel, und der Gesetzgeber stellt sie denn auch ausdrücklich in einen bewussten Gegensatz zum Zivilprozess (B 17, Al. 1). Sie ist nur in denjenigen Fällen anwendbar, wo das Gesetz nicht den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt.

Infolgedessen charakterisiert sich die Beschwerde als administratives Rechtsmittel (Verwaltungsbeschwerde). Und zwar ist sie im Sinne des Verwaltungsrechtes als sog. Rechtsbeschwerde oder förmliche Beschwerde[2]) zu bezeichnen. Sie wird dem Bürger im Gesetz gegenüber den darin genannten Verfügungen ausdrücklich garantiert, und verpflichtet die Aufsichtsbehörden, die Sache in einem besonders geregelten Verfahren zu

---

[1]) Vergl. Gamser, a. a. O., S. 134 ff

[1a]) Durch Nichterhebung der Beschwerde wird die betr. Verfügung, sowohl den durch sie berührten Personen als auch den Behörden gegenüber rechtskräftig und unwiderruflich, solange nicht ein Einschreiten von Amtes wegen geboten ist (vergl. § 8, II, Ziff. 2 und III, Ziff. 2).

[2]) Vergl. Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, 1895/96, Bd. I, S. 150 ff.; Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1881, S. 711 ff; Tezner: Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901, S. 64 ff.

untersuchen und gegebenen Falles auch zu korrigieren (vergl. B 21).

Für die rechtliche Behandlung der Beschwerde selbst sieht das Gesetz verschiedene Instanzen vor und zwar in dem Sinn, dass der Beschwerdeentscheid, bezw. das ihn verunmöglichende Verhalten einer untern Behörde vor die obere gebracht werden kann, sofern die formellen und materiellen Bedingungen der Weiterziehung im konkreten Falle erfüllt sind (vergl. B 18 und 19). Nach dem Wortlaute des Gesetzes könnte allerdings angenommen werden, dass neben der eigentlichen Weiterziehung auch noch eine besondere Beschwerde gegenüber den erst- und zweitinstanzlichen Beschwerdebehörden selbst an die unmittelbar obere Behörde gegeben werden solle (vergl. B 18, Al. 2 und 19, Al. 2). In Tat und Wahrheit aber ist begrifflich eine Beschwerde immer nur gegenüber den Vollstreckungsorganen möglich; mit Beziehung auf die Aufsichtsbehörden gibt es — wie noch zu zeigen sein wird — nur einen Rechtsschutz, welcher sich als Weiterziehung einer bei ihr anhängig gemachten Beschwerde gegenüber den Vollstreckungsorganen darstellt. Deshalb ist auch die Beschwerde, wie sie in B 17—19 geregelt wird, als ein vollständig einheitliches Institut aufzufassen.

II. Die durch Beschwerde anfechtbare Handlung.

Dieselbe wird im Gesetz (B 17, Al. 1 und 3) umschrieben wie folgt: «Mit Ausnahme der Fälle, in welchen dieses Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt, kann gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder eines Konkursamtes bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden, sei es, dass die Verfügung Vorschriften dieses Gesetzes verletzt, sei es, dass sie den Verhältnissen nicht angemessen erscheint . . . Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden».

1. Die Beschwerde ist also begrifflich nur gegeben

gegen Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter.[3])

a. Der Begriff der Verfügung setzt immer ein bestimmtes Verhalten des Beamten in einem konkreten Falle voraus. Eine blosse Meinungsäusserung des Beamten ist also ebenso wenig anfechtbar, wie ein Verhalten seinerseits, welches einen vorläufigen Schluss auf die Art und Weise seines Verhaltens anlässlich einer in Zukunft vorzunehmenden Amtshandlung zulässt.[4]) Dagegen ist nicht notwendig, dass dieses Verhalten in einem positiven Tun bestehe, es kann vielmehr auch in einem Unterlassen (Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung) liegen.[5]) Immer jedoch muss ein Verhalten in amtlicher Stellung als Organ der Schuldbetreibung vorliegen; handelt der Beamte ausserhalb der ihm gesetzlich vorgeschriebenen Funktionen, z. B. als Beauftragter der Gläubiger oder des Schuldners, so ist ihm gegenüber der Rechtschutz der Beschwerde versagt.[6]) Ebenso, wenn zwar eine amtliche Funktion des Beamten in Frage steht, jedoch eine solche, die ihm nicht durch das Betreibungsrecht, sondern durch kantonale Gesetzesvorschriften zugeteilt wird, z. B.

---

[3]) Wie dies allgemein auch im Verwaltungsrecht angenommen wird, ist allerdings die Beschwerde nicht das einzige Mittel, wodurch eine Verfügung des Amtes redressiert werden kann. Der Beamte ist vielmehr berechtigt, solange die Beschwerdefrist nicht abgelaufen und eine Beschwerde faktisch nicht eingereicht wurde, seine Verfügung aufzuheben oder zu modifizieren, allerdings unter Vorbehalt allfällig durch die Verfügung entstandener Rechte Dritter. Ebenso BE XXII, 116, XXIII, 266, XXIX (1), 120, wo aber der Devolutiveffekt der bereits erhobenen Beschwerde nicht genügend gewürdigt zu werden scheint.

[4]) Vergl. A I, 1; VIII, 7; IX, 13, wo derartige Fälle erwähnt werden.

[5]) Ebenso BE XXV (1), 114.

[6]) Beispiele solcher Handlungen : Entgegennahme eines Depositums zur Sicherstellung des Gläubigers (BE XXII, 46, A VII, 117), Verteilung der Nachlassdividende unter die Nachlassgläubiger (A III, 29; BE XXVIII (1), 100); vergl. auch Gamser, S. 139.

Ausweisung von Mietern und Pächtern gemäss B 282.[6a]) Nicht absolut erforderlich ist dabei, dass die Verfügung einen im Gesetz vorgesehenen bestimmten Effekt hervorbrachte oder hervorzubringen im Stande war; der Beschwerdeführer kann auch bloss Bestrafung anregen (Disziplinarbeschwerde).[7]) Endlich ist, da die Beschwerdebehörden gemäss B 5 nicht über Ersatzansprüche zu entscheiden haben, auch der Nachweis eines vom Beschwerdeführer erlittenen Schadens oder eines besondern Verschuldens des fehlbaren Beamten nicht notwendig.[8])

b. Die Verfügung muss vom Betreibungs- oder Konkursamt ausgehen. Nicht beschwerdefähig sind Verfügungen der Hülfsorgane, wie Nachlass-, Exmissions- und Arrestbehörden,[9]) und natürlich noch weniger Anordnungen solcher Behörden, welche überhaupt ausserhalb des Betreibungswesens stehen, wie z. B. die Kantonsregierung.[10])

Dagegen stellt das Gesetz ausdrücklich die Verfügungen gewisser anderer Organe des Vollstreckungsverfahrens denjenigen des Betreibungs- und Konkursamtes gleich, nämlich:

aa. diejenigen einer von den Gläubigern gewählten ausseramtlichen Konkursverwaltung (B 241);[11])

[6a]) Vergl. BE XXXI (1), 129. Der Fall gehört auch dann nicht hieher, wenn das kant. Recht die Aufsicht über diese Funktionen den Aufsichtsbehörden zuteilt.

[7]) A. M. BE XXXII (1), 86 und A VIII, 85, welche die Beschwerde in einer abgeschlossenen Betreibung versagen.

[8]) Eine Reihe von Beispielen an Hand der Judikatur bei Jaeger, Art. 17, N. 3.

[9]) Vergl. BE XXIII, 129; A I, 54; BE XXXI (1), 37, XXXII (1), 89; wenn es sich dagegen um Vollziehung eines Arrestes durch den Betreibungsbeamten handelt, so ist Beschwerde zulässig; vgl. BE XXVI (1), 101, XXXII (1), 108.

[10]) Vergl. A IV, 1.

[11]) Soweit eigentliche Vollstreckungshandlungen derselben in Frage stehen, nicht dagegen hinsichtlich der von ihr abzuschliessenden privatrechtlichen Verträge, vergl. BE XXVII (1), 111, XXVIII (1), 86.

bb. die Beschlüsse der Gläubigerversammlung (B 239, Al. 1);[12])

cc. Die Verfügungen des Sachwalters im Nachlassvertrag (B 295, Al. 3).[13])

2. Die Eigenschaften der anfechtbaren Verfügung sind im Gesetz abschliessend aufgezählt. Sie muss entweder gesetzliche Vorschriften verletzen oder den Verhältnissen nicht angemessen sein, oder aber eine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung darstellen (vergl. B 17, Al. 1 und 3).

a. Eine Gesetzesverletzung (Gesetzwidrigkeit) läge nach dem strengen Wortlaut in B 17, Al. 1 eigentlich nur da vor, wo eine Verfügung direkt gegen Vorschriften des B selbst verstösst. Die Praxis hat aber von jeher den Bestimmungen dieses Gesetzes auch andere Normen betreibungsrechtlicher Natur gleichgesetzt. Es betrifft dies namentlich:

aa. Die Verordnungen, welche zum Vollzug des Gesetzes erlassen wurden;[14])

bb. andere Bundesgesetze, welche mit dem Betreibungsrecht in Beziehung stehen, namentlich OR[15]) und in Zukunft ZGB;

---

[12]) Mit Rücksicht auf den Wortlaut in B 253 lässt die Praxis die Beschwerde in unbeschränkter Weise nur gegen Beschlüsse der I. Gläubigerversammlung zu; gegen solche der II. Gläubigerversammlung nur wegen Gesetzwidrigkeit, betrügerischer Handlungen, oder Verletzung von Individualrechten der Gläubiger, niemals wegen Unzweckmässigkeit und Unangemessenheit; vergl. BE XXIV (1), 92 und 103, A II, 28, 107, IV, 66, X, 52, 53; wie die II., so werden auch die III. und folgenden Gläubigerversammlungen behandelt (A X, 94).

[13]) Es sind hier die Aufsichtsbehörden, nicht die Nachlassbehörden zuständig: BE XXXI (1), 29, und Jaeger, Art. 295, N. 5; dagegen Reichel, Art. 295, N. 6.

[14]) Z. B. der Gebührentarif, vergl. BE XXIII, 173, 263.

[15]) Vergl. A II, 123, sowie die darin zit. frühern Entscheide in A II, 55, 67, 79, 100.

cc. Staatsverträge, welche die nämliche Eigenschaft aufweisen;[16])

dd. kantonale Gesetzesvorschriften, welche in Ausführung der eidgenössischen Vorschriften über das Betreibungsverfahren erlassen wurden;[17])

ee. allgemeine Normen des Betreibungsrechtes, auch wenn sie nicht in einer Gesetzesvorschrift ihren positiven Ausdruck gefunden haben.[18])

Für das Vorhandensein des Beschwerdegrundes der Gesetzwidrigkeit ist es dabei durchaus gleichgültig, ob der Beamte das Gesetz in schuldhafter Weise oder aber aus Irrtum, bezw. Unkenntnis verletzte.[19]) Es genügt die Tatsache einer unrichtigen Anwendung der einschlägigen Rechtssätze.[20])

b. Eine den Verhältnissen nicht angemessene Verfügung ist der Natur der Sache nach nur in denjenigen Fällen denkbar, wo das Gesetz dem Beamten die Art und Weise seines Vorgehens nicht direkt vorschreibt,

---

[16]) Vergl. BE XXIX (1), 91; die allgemeine Regel bildet aber auch hier die Bestimmung des Art. 113, Ziff. 3 BV und Art. 175, Ziff. 3 OG, wonach Verletzung von Staatsverträgen im Wege des staatsrechtlichen Rekurses angefochten werden können; nur wo ein direkter Zusammenhang mit dem Betreibungsrecht und Betreibungsverfahren vorliegt, ist Beschwerde gegeben; vergl. A III, 123; v. Salis a. a. O. ZschwR, NF, XII, S. 571 und Gamser, S. 140, sowie unten XI.

[17]) Ebenso Jaeger, Art. 17, N. 7. Nach der Praxis ist aber in solchen Fällen eine Weiterziehung ans Bundesgericht nicht zulässig, vergl. BE XXIV (1), 66; A II, 63, 127, IV, 83; ferner unten Note 66.

[18]) Die Praxis rechnet hieher den Satz, dass gewisse Gegenstände, z. B. Erbanwartschaften, nicht gepfändet werden dürfen, vergl. BE XXIII, 58, 255.

[19]) Vergl. A II, 1; die Verschuldensfrage kann höchstens hinsichtlich einer disziplinarischen Massregelung von Bedeutung sein.

[20]) Jaeger, Art. 17, N. 7, verweist auf die Definition in Art. 57, OG. Er deutet damit in zutreffender Weise an, dass das Gesetz dann als verletzt anzusehen ist, wenn ein darin enthaltener Rechtsgrundsatz nicht oder nicht richtig angewendet, oder eine Tatsache rechtlich unrichtig beurteilt wurde.

sondern sie in sein Ermessen stellt. Dies kann durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift geschehen (Beispiel: B 93), es kann sich aber auch indirekt aus der Fassung der betreffenden Bestimmung oder aus den Umständen ergeben (Beispiele: B 61, 95, 97, 123).[21]) Wo die Art und Weise der Vornahme einer Verfügung durch positive Gesetzesvorschrift geregelt wird, stellt jede Abweichung in der Ausführung den Tatbestand der Gesetzwidrigkeit dar.

c. Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn der Beamte die Vornahme einer gesetzlich gebotenen Amtshandlung verweigert und dadurch dem Beschwerdeführer die ihm vom Gesetzgeber zugesicherte Rechtshülfe versagt hat. Dabei ist es gleichgültig, ob die Weigerung eine ausdrückliche ist oder aus konkludenten Handlungen (passivem Verhalten) des Beamten hervorgeht.[22]) Sobald der Beamte die verlangte Amtshandlung vorgenommen hat, gleichviel in welchem Sinn, liegt der Tatbestand der Rechtsverweigerung nicht mehr vor, sondern höchstens derjenige der Gesetzesverletzung oder der unangemessenen Verfügung. Der Begriff der Rechtsverweigerung im vorliegenden Sinn deckt sich also nicht mit demjenigen, welchen die staatsrechtliche Praxis des Bundesgerichtes in Auslegung und Anwendung des Art. 4 BV geschaffen hat.[23])

d. Eine Rechtsverzögerung liegt immer dann vor, wenn ein Beamter die Vollziehung einer ihm obliegenden, von ihm entweder von Amtes wegen vorzunehmenden oder durch den Beschwerdeführer ordnungsgemäss verlangten Amtshandlung nicht innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen

---

[21]) Eine Zusammenstellung von Beispielen nach der Judikatur bei Jaeger, Art. 17, N. 8.

[22]) Vergl. BE XXX (1), 61, 125; A II, 32, 47, 99, V, 15.

[23]) Anders die frühere Praxis, welche eine Rechtsverweigerung auch in einer willkürlichen, die Verhältnisse gröblich missachtenden Vornahme der Funktion erblickte, vergl. BE XXII, 40, XXIII, 263, XXIV (1), 125. Mit diesem Grundsatz hat die neuere Praxis ausdrücklich gebrochen und legt den Begriff im oben angedeuteten Sinne aus, vergl. BE XXIX (1), 24, XXX (1), 28, 100. Vergl. überdies die Kasuistik in BE XXIV (1), 141, XXV (1), 22, 125, XXVII (1), 11, 18, 63.

oder durch die Umstände gebotenen Frist vornimmt, ohne dass hiefür gesetzlich anerkannte Rechtfertigungsgründe bestehen. Einen derartigen Rechtfertigungsgrund bildet natürlich vor allem die faktische Unmöglichkeit der Vornahme.[24]) Als selbstverständlich erscheint, dass die Beschwerde wegen Rechtsverzögerung nur so lange erhoben werden kann, als die Verzögerung wirklich dauert, d. h. die Handlung nicht vorgenommen wird.[25])

3. Neben der soeben angedeuteten abschliessenden Charakterisierung der beschwerdefähigen Verfügung gibt der Gesetzgeber aber auch noch eine negative Abgrenzung derselben, indem er ausdrücklich alle Fälle davon ausnimmt, in welchen das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt (B 17, Al. 1). Ueberall also, wo infolge einer Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamtes, sei es behufs Aufhebung der Rechtswirkung dieser Verfügung, sei es zur Feststellung eines damit zusammenhängenden oder ihre weitere Ausgestaltung bestimmenden Rechtes, nach dem Wortlaut des Gesetzes die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens notwendig ist, überall da ist auch der Beschwerdeweg ohne weiteres ausgeschlossen.[26])

4. Neben der allgemeinen Umschreibung der Beschwerdevoraussetzungen werden im Gesetz auch einige spezielle Beschwerdefälle aufgeführt. Die Beschwerde wird ausdrücklich vorgesehen:

---

[24]) Dagegen nicht ohne weiteres die Unterlassung der Leistung eines Kostenvorschusses, in welchem Falle gemäss B 68 vorzugehen ist, vergl. A VII, 71. Die in A VII 71, gegebene allgemeine Umschreibung der Rechtsverzögerung ist allerdings etwas zu eng. Weitere Beispiele bei Jaeger, Art. 17, N. 12, vergl. auch Reichel, Art. 17, N. 1 und Gamser, S. 142.

[25]) Vergl. A IX, 17, XI, 16. Doch sind dabei Disziplinarmassnahmen möglich.

[26]) Ob dieser Ausschluss zutrifft, kann natürlich nur von Fall zu Fall festgestellt werden. Eine allgemeine Regel lässt sich hiefür nicht bilden; vergl. zahlreiche Beispiele bei Jaeger, Art. 17, N. 3, sowie die verschiedenen Bände des Archivs, Register sub verbo «Kompetenzausscheidung». Wir werden im Verlauf der Darstellung die einzelnen Abgrenzungsfälle an passender Stelle erörtern.

a. gegen die Statthaftigkeit der Konkursbetreibung (B 160, Ziff. 3);

b. gegen die Statthaftigkeit der Wechselbetreibung (B 178, Ziff. 3);

c. gegen Beschlüsse der Gläubigerversammlung im Konkurs (B 239);

d. nun auch zur Anfechtung des Zuschlages bei der Versteigerung (B 136bis, 259; ZGBE 61).

Ausdrücklich ausgeschlossen wird die Beschwerdeerhebung gegenüber dem Arrestbefehl (B 279).

III. Die Legitimation zur Beschwerdeführung.

Dieselbe wird im Gesetz — wenigstens nach der aktiven Seite hin — nicht ausdrücklich geregelt. Sie muss sich vielmehr aus den Verhältnissen ergeben. In jedem Falle ist ihr Vorhandensein von Amtes wegen zu prüfen. Fehlt sie, so kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.[27])

1. Aktiv legitimiert zur Beschwerdeerhebung ist, wer durch die betreffende Verfügung direkt betroffen und in seinen Rechten berührt wird.[28]) Dass es sich nicht bloss um Verletzung in bestimmten Ansichten oder in einem allgemeinen Rechtsgefühl handeln kann, ist klar. Es muss ein faktisches und rechtliches Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Verfügung vorhanden sein, sofern es sich nicht einfach um eine Disziplinarbeschwerde handelt.[29]) Das faktische und rechtliche Interesse genügt jedoch an sich nicht, sondern es müssen die verletzten Rechte mit dem Vollstreckungsverfahren in direkter Beziehung stehen. (Vergl. speziell unten unter lit. c.)

---

[27]) Vergl. A V, 22.

[28]) A I, 86 bezeichnet ihn als Partei in Bezug auf jene Verfügung. Diese Bezeichnung dient jedenfalls nicht zur Aufklärung, sondern wirkt eher irreführend.

[29]) Die Praxis interpretiert den Begriff noch enger und anerkennt die reine Disziplinarbeschwerde nicht, sondern weist die Beschwerde mangels eines positiven Interesses ohne weiteres ab; vgl. A IX, 103, 110, X, 18. Dagegen § 7, V, Ziff. 2, lit. a hievor.

Werden durch eine Verfügung mehrere Beteiligte in gleicher Weise verletzt, so ist jeder von ihnen, ohne Rücksicht auf die Teilnahme der übrigen, für sich selbst legitimiert. Es besteht also jedenfalls unter ihnen keine obligatorische Streitgenossenschaft.[30])

a. Die eben erwähnten Erfordernisse treffen stets beim betreibenden Gläubiger zu, welcher das Verfahren veranlasst oder sich demselben angeschlossen hat. Jede Verfügung des Amtes berührt ihn direkt. Dasselbe ist aber auch beim Konkursgläubiger anzunehmen, indem jede Verfügung der Konkursverwaltung geeignet ist, den Ausgang des Konkurses und damit die Befriedigung der Gläubiger in irgend einer Weise zu beeinflussen.[31]) Dem Gläubiger stehen seine Erben und sein Zessionar gleich, welche mit seiner Forderung auch seine betreibungsrechtlichen Interessen übernehmen.[32])

b. Schlechtweg legitimiert ist auch der Schuldner. Dies ist zweifellos beim einleitenden Betreibungsverfahren, sowie bei der Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, indem es sich hier immer um ein Verfahren handelt, an welchem er aktiv teilnimmt, und weil er darin seine vermögensrechtlichen Interessen gegenüber dem Gläubiger in selbständiger Weise wahren kann. Zweifelhaft könnte dagegen die Frage mit Bezug auf den Konkursschuldner sein, indem derselbe mit der Konkurseröffnung die Verfügungsgewalt über sein Vermögen verliert, und das Konkursverfahren nur die Befriedigung der Gläubiger aus dem dem Schuldner entzogenen Vermögen zum Zwecke hat. Immerhin kann auch hier eine direkte betreibungsrechtliche Beziehung des Schuldners zu der einzelnen Verfügung und sein vermögensrechtliches Interesse daran mit Rücksicht auf die auszustellenden Verlustscheine und auf den möglichen Widerruf des Konkurses

---

[30]) In diesem Sinne auch BE XXVIII (1), 92.

[31]) So auch A VIII, 39.

[32]) BE XXIII, 169, XXV (1), 120; vergl. § 15, II, Ziff. 3 hienach. Kasuistik betr. die Gläubigerlegitimation: BE XXIII, 255, XXVII (1), 19, XXIX (1), 126, XXX (1), 92, 101, XXXIII (1), 143.

nicht geleugnet werden, weshalb auch er in allen Fällen als aktiv legitimiert zu betrachten ist.[33])

c. Drittpersonen sind als solche nur dann zur Beschwerdeführung legitimiert, wenn sie, infolge bestimmter Verhältnisse, zu dem betreffenden Betreibungsverfahren in direkte Beziehung treten und durch die angefochtene Verfügung in ihren rechtlichen Interessen berührt werden.[34]) Dies ist z. B. der Fall beim Dritteigentümer, dessen Sachen gepfändet werden, hinsichtlich der Fristansetzung gemäss B 106, 109; denn er wird mit seinem Eigentum direkt ins Exekutionsverfahren hineingezogen.[35]) Ebenso beim Meistbietenden an einer Steigerung, denn er hat sich mit dem Exekutionsverfahren durch sein Angebot in direkte Verbindung gesetzt.[36])

Fehlt aber dem Dritten diese direkte Beziehung zum Betreibungsverfahren, so ist er auch dann nicht legitimiert, wenn er ein mehr oder weniger direktes Interesse an der

---

[33]) Die Praxis anerkennt im allgemeinen das Beschwerderecht des Konkursschuldners und zwar sowohl gegenüber Verfügungen der Konkursverwaltung als auch gegenüber Beschlüssen der Gläubigerversammlung, jedoch nur insofern, als es sich um eine gesetzwidrige Verfügung und nicht bloss um eine Frage der Angemessenheit handelt; vergl. BE XXVIII (1), 18, XXX (1), 137, XXXIII (1), 84; A XI, 113, vergl. Anmerkung zu A III, 107. Brand in Anmerkung zu A IX, 38 will das Beschwerderecht gegenüber Beschlüssen der Gläubigerversammlung ausschliessen.

[34]) Vergl. BE XXIX (1), 109. Dabei ist nicht unbedingt nötig, dass der Dritte durch die Verfügung finanziell geschädigt sei. Er kann sich vielmehr einer erhobenen Beschwerde in dem Sinne (als Intervenient) anschliessen, dass er die Anträge des beschwerdebeklagten Amtes unterstützt; vergl. BE XXXIII (1), 84; A XI, 66.

[35]) Vergl. BE XXIV (1), 55, XXX (1), 46, 97; anders dagegen die frühere bundesrätliche und bundesgerichtliche Praxis, welche annahm, dass der Dritte durch die Widerspruchsklage genügend geschützt sei; vergl. A IV, 94, V, 117.

[36]) Vergl. A III, 72, IV, 114. Die Beschwerde kann sich aber nicht gegen die Verteilung des Erlöses richten, weil ihn diese nichts angeht; vergl. A IX, 67. Dasselbe nahm die Praxis bisher an hinsichtlich des Steigerungszuschlages, weil derselbe ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft darstellt (A VIII, 69, 85, IX, 38, X, 22); vergl. nun aber B 137bis; ZGBE 61.

Beseitigung der betreffenden Verfügung besitzt, z. B. als betreibender Gläubiger des nämlichen Schuldners, oder als Steigerungsliebhaber, oder als angeblicher, nicht zur Gläubigerversammlung zugelassener Gläubiger.[37]) Ueber die Stellung eines Dritten als Vertreter des Beschwerdeführers vergl. unten VI, Ziff. 1.

d. Begrifflich kann nicht die Rede sein von einer aktiven Beschwerdelegitimation des Betreibungs- oder Konkursbeamten selbst und zwar nicht sowohl deshalb, weil er nicht als «Partei» am Verfahren beteiligt ist,[38]) als vielmehr, weil er gemäss B 17, Al. 1 im Beschwerdeverfahren immer passiv legitimiert ist. Dagegen kann die Konkursverwaltung als Vertreterin der Gesamtheit der Gläubiger gegen eine Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamtes Beschwerde führen, welche die Interessen der Masse berührt.[39])

2. Passiv legitimiert ist der Betreibungs- oder Konkursbeamte, bezw. die oben sub II, Ziff. 1, lit. b genannten Stellen: Konkursverwaltung, Gläubigerversammlung und Sachwalter im Nachlassvertrag (B 17, Al. 1, 239, Al. 1, 241, 295, Al. 3), sofern von ihnen die anfechtbare Verfügung ausging. Gleichgültig ist dabei, ob der Inhaber der Amtsstelle direkt selbst handelte, oder ob die betreffende Amtshandlung durch einen Angestellten, z. B. einen Betreibungsgehülfen vorgenommen wurde. Passiv legitimiert bleibt immer der Beamte selbst.[40]) Wurde aber

---

[37]) Vergl. A III, 79, IV, 87, BE XXXII (1), 80, sowie die bei Jaeger, Art. 17, N. 3 und Reichel, Art. 17, N. 3 zitierten Fälle; zweifelhaft BE XXV (1), 58 und XXX (1). 40; vergl. ferner die Kasuistik in BE XXIII, 169, XXVIII (1). 62, XXIX (1), 109.

[38]) So Bundesrat in A I, 86, vergl. auch BE XXII, 113, A IV, 130, V, 22, 78. Richtig fasst die Sache auf Gamser, S. 144.

[39]) Z. B. dann, wenn sich das Betreibungsamt weigert, einen Pfändungserlös an die Masse abzuliefern, vergl. A XI, 66; ferner A II, 104, V, 122; BE XXVIII (1), 19; vergl. auch BE XXXIII (1), 33. In gleicher Eigenschaft ist auch das Konkursamt legitimiert (als Konkursverwaltung); vergl. BE XXVII (1), 39.

[40]) Vergl. A VII, 33. Es ist in einem solchen Falle nicht nötig, dass erst gegen den ausführenden Angestellten seinerseits beim Beamten Beschwerde geführt wird.

die Verfügung durch ein drittes Amt auf Requisition hin vollzogen, so ist zu unterscheiden, ob sich die Beschwerde gegen die Zulässigkeit der betreffenden Verfügung, oder aber gegen die Art und Weise ihrer Ausführung richtet. Im erstern Falle ist das requierierende, im letztern das requirierte Amt passiv legitimiert.[41])

IV. Die zeitliche Begrenzung der Beschwerdeführung.

Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden (B 17, Al. 2). Eine Beschwerde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit dagegen muss binnen zehn Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhielt, angebracht werden (B 17, Al. 2). Der Gesetzgeber stellt also hinsichtsichtlich der Frage der Befristung auf die Natur der anfechtbaren Verfügung ab.

1. Die Länge der Frist beträgt regelmässig zehn Tage (vergl. B 17, Al. 2). Nur bei der Wechselbetreibung, sowie für Beschwerden gegen die Beschlüsse der Gläubigerversammlung im Konkurs wird sie auf fünf Tage verkürzt (B 20 und 239, Al. 1).

Die Berechnung des Fristenlaufs findet nach den allgemeinen im Gesetze aufgestellten Regeln über die Fristberechnung statt. (Vergl. § 18, III hienach.)

2. Der Beginn der Frist tritt mit demjenigen Tage ein, an welchem der Beschwerdeführer von der anfechtbaren Verfügung Kenntnis erhalten hat (B 17, Al. 2). Wo also im Gesetze selbst für eine Verfügung eine bestimmte Art der Kenntnisgabe vorgesehen ist (vergl. § 20 hienach), macht diese Regel, d. h. die Frist beginnt erst dann zu laufen, wenn der Beschwerdeführer in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise von der Verfügung Kenntnis erhielt, gleichviel, ob er tatsächlich schon früher

---

[41]) Ebenso A VII, 43.

darum wusste oder nicht.[42]) Ist aber eine derartige bestimmte Art und Weise der Kenntnisgabe im Gesetz nicht vorgesehen, so ist der Zeitpunkt der Kenntnisnahme von Fall zu Fall nachzuprüfen, wobei aber immer eine richtige und vollständige Kenntnisgabe nachgewiesen sein muss.[43])

3. Ihrem rechtlichen Charakter nach stellt diese zeitliche Begrenzung eine sog. gesetzliche Befristung dar. Das Beschwerderecht als solches hat nur so lange Bestand, als die Frist dauert und muss daher während dieser Zeit auch ausgeübt werden.[44]) Daraus ergeben sich zwei verschiedene Folgerungen: Einmal nämlich muss die Beschwerde innerhalb der gesetzlichen Frist formell in richtiger Weise eingereicht werden.[45]) Ferner aber ist eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumnis der Frist (in integrum restitutio) schlechtweg ausgeschlossen, auch wenn das kantonale Prozessrecht sie kennt.[46]) Die Einhaltung der Frist ist vielmehr in jedem Falle von Amtes wegen zu prüfen, und bei Nichteinhaltung kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, sofern nicht etwa ein Einschreiten

---

[42]) Vergl. A I, 3; BE XXX (1), 36, 131; ebenso Gamser, S. 147. Anderseits aber genügt die Kenntnisgabe in gesetzlicher Form; wenn der Beschwerdeführer trotzdem nicht Kenntnis genommen, z. B. den Akt uneröffnet zurücksandte, so beginnt der Fristenlauf gleichwohl (A IV, 27). Ebenso genügt die formell richtige Zustellung an den Vertreter des Beschwerdeführers (A II, 32).

[43]) Vergl. BE XXXII (1). 122 und Jaeger, Art. 17, N. 11, wo eine weitere Anzahl von Judikaten angegeben ist; ebenso die Kasuistik, wie sie im Generalregister zu BE XX—XXX, S. 374 zusammengestellt ist.

[44]) Vergl. im allgemeinen über die rechtliche Natur solcher Fristen: Blumenstein: Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten nach modernen Gesetzen. Diss., Bern, 1901, S. 43 ff.

[45]) A VIII, 52. Hat die Einreichung einmal richtig stattgefunden, so ist damit dem Gesetze genügt, auch wenn die angegangene Behörde den Beschwerdeführer ihrerseits an eine inkompetente Instanz verweist. Hinsichtlich der Einreichung bei einer nach kantonalem Recht unzuständigen Beschwerdebehörde siehe unten V.

[46]) Vergl. A II, 72, III, 54; BE XXIV (1), 107.

der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen geboten ist. (Vergl. § 8, II, Ziff. 2 hievor.)[47]) Es kann somit begrifflich auch nicht von einer Unterbrechung oder einem Stillstand der Frist gesprochen werden.[48])

V. Die entscheidenden Behörden.

Die Beschwerde ist bei der kantonalen Aufsichtsbehörde zu führen (B 17, Al. 1). Ausgeschlossen ist also eine direkte Beschwerdeführung gegen Verfügungen der Vollziehungsorgane beim Bundesgericht. Wo das kantonale Recht sowohl eine untere als auch eine obere Aufsichtsbehörde vorsieht, bestimmt es selbst die Kompetenzen derselben. Es kann also vorschreiben, dass gewisse Beschwerdeangelegenheiten (z. B. wegen Unangemessenheit) zuerst vor der untern Aufsichtsbehörde anzubringen sind, während in andern Fällen direkt die obere zuständig ist.[49]) Jedenfalls aber muss jede Beschwerde in irgend einer Form vor die obere kantonale Aufsichtsbehörde gebracht werden können (vergl. B 18). Wird eine Beschwerde bei einer dem Grade nach nicht zuständigen Aufsichtsinstanz, z. B. bei der kantonalen (obern), statt bei der untern Aufsichtsbehörde angebracht, so ist sie von Amtes wegen an die richtige Instanz überzuleiten. Das Datum der Einreichung der Beschwerde bei der irrtümlich angegangenen Instanz gilt als Datum der Beschwerdeführung (Verordnung Nr. 2, Art. 2).

Oertlich zuständig ist die Aufsichtsbehörde desjenigen Kantons oder Bezirkes, in welchem die beschwerdebeklagte Amtsstelle ihren Sitz hat (vergl. auch oben III, Ziff. 2).

---

[47]) Vergl. A I, 50, V, 28, VI, 1, VII, 87; Reichel, Art. 17, N. 3; Jaeger, Art. 17, N. 6 und die dort zitierte Judikatur.

[48]) Eine Unterbrechung tritt namentlich nicht ein durch Anhebung eines Prozesses oder eine betreibungsrechtliche Vorkehr, z. B. eines Rechtsvorschlages (A III, 59, V, 85); ebenso ruht die Frist nicht während der Betreibungsferien (A VII, 115).

[49]) So z. B. Bern EG 23, 24.

VI. Das Beschwerdeverfahren.

Da das Bundesgesetz eine Regelung des für Anbringung und Beurteilung der Beschwerden einzuschlagenden Verfahrens im allgemeinen nicht vorsieht, so sind dafür in erster Linie die Bestimmungen des kantonalen Rechtes massgebend. Existieren keine solchen, so sind die Beschwerdebehörden an ein festes Parteiverfahren nicht gebunden, oder können ihrerseits durch die Praxis die für das Verfahren massgebenden Grundsätze herausbilden. Selbstverständlich ist dabei, dass weder die durch das kantonale Recht aufgestellten, noch die durch die Praxis sanktionierten Normen einer Bestimmung des Bundesrechtes widersprechen dürfen.[50]) Danach können folgende wegleitende Regeln für das Verfahren festgestellt werden:

1. Beschwerdefähigkeit im formellen Sinn, d. h. die Fähigkeit, selbst eine Beschwerde anzubringen, kommt nur handlungsfähigen Personen zu. Handlungsunfähige müssen dabei durch ihren gesetzlichen Vertreter verbeiständet sein.[51])

Die vertragliche Vertretung des Beschwerdeführers wird von der Praxis in weitgehender Weise — sogar als negotiorum gestio — zugelassen. Die urteilende Behörde kann natürlich jederzeit die Beibringung einer Vollmacht, bezw. einer nachträglichen Genehmigung des Vertretenen verlangen; die blosse Nichtbeilegung einer Vollmacht berechtigt die Behörde niemals zu einem Nichteintretensbeschluss.[52])

2. Die Form der Beschwerde kann in den oben angedeuteten Grenzen durch das kantonale Recht oder die

---

[50]) Vergl. BE XXXI (1), 90; A I, 33.

[51]) So BE XXII, 151, XXIX (1), 19; vergl. auch Jaeger, Art. 17, N. 2; a. M. A IV, 126, wo das Recht, eine Beschwerde einzureichen, als Ausfluss der Persönlichkeit aufgefasst wird. Es scheint aber hiebei eine Verwechslung zwischen der materiellen Legitimation zur Beschwerde und der formellen Beschwerdefähigkeit vorzuliegen. Vergl. im übrigen auch BE XXV (1), 21, XXVI (1), 67.

[52]) Vergl. BE XXIII, 284, XXIX (1), 132; A III, 88, 90, VI, 16. Der Vertreter muss natürlich seinerseits handlungsfähig sein. So auch BE XXV (1), 58 und Jaeger, Art. 17, N. 2.

konstante Praxis bestimmt werden. Vor allem wird — wenigstens vor den obern Aufsichtsbehörden — Schriftlichkeit verlangt werden dürfen.[53]) Dann ist namentlich die Formulierung eines bestimmten Beschwerdebegehrens, sowie eine summarische Begründung mit Angabe, bezw. Herbeischaffung der nötigen Beweismittel erforderlich, da die Aufsichtsbehörde nirgends vom Gesetzgeber verpflichtet wird, die einer Beschwerde zu Grunde liegenden Tatumstände durch amtliche Untersuchung festzustellen und die nötigen Belege zu requirieren.[54])

3. Für die behördliche Behandlung der Beschwerde stellt das Gesetz einen einzigen — nur im Falle der Wechselbetreibung gültigen — Grundsatz auf, dass nämlich eine derartige Beschwerde von der Behörde binnen fünf Tagen zu erledigen sei (B 20). Im übrigen greift auch hier die Regelung durch das kantonale Recht, bezw. durch die Praxis Platz. Dies gilt namentlich hinsichtlich des Stattfindens einer kontradiktorischen Verhandlung, bezw. eines Schriftenwechsels, sowie der Einholung von Vernehmlassungen seitens der beschwerdebeklagten Amtsstellen oder anderer am Verfahren beteiligter Personen.[55])

---

[53]) Bern EG 25 sieht vor, dass vor der untern Aufsichtsbehörde die Beschwerde auch mündlich zu Protokoll gegeben werden kann.

[54]) Vergl. BE XXV (1), 55, XXVIII (1), 87, XXIX (1), 106, XXX (1), 33; A VII, 121, VIII, 121, X, 99; ebenso Gamser, S. 149. Die bundesrätliche Praxis hat früher entschieden, das Eintreten auf eine Beschwerde dürfe nicht von der Beobachtung der kantonal festgesetzten Formen abhängig gemacht werden; A II, 107. Dagegen mit Recht Jaeger, Art. 17, N. 6 und jetzt auch BE XXXI (1), 90.

[55]) Bern EG 26 schreibt vor: «Die Aufsichtsbehörde teilt die Beschwerdeschrift, sofern deren Begründetheit nicht von vornherein ausser Zweifel steht, dem betr. Betreibungs- oder Konkursamt zur Vernehmlassung mit. Die Behörde kann auch, wenn wesentliche Anbringen bestritten sind, eine amtliche Untersuchung anordnen. Der Entscheid erfolgt ohne Parteiverhandlungen und wird den Parteien schriftlich eröffnet». Wo keine derartigen kantonalen Vorschriften bestehen, besitzen die Behörden in der Ausgestaltung des Verfahrens volle Freiheit und sind namentlich zur Einholung von Vernehmlassungen nicht verpflichtet, vergl. BE XXIII, 128, XXIV (1), 141, XXXV (1), 72, XXIII (1), 138; A I, 33.

Hinsichtlich der Mitteilung des gefällten Entscheides schreibt Verordnung Nr. 2, Art. 4 vor: «Von dem Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde ist mindestens das Dispositiv den Parteien schriftlich mitzuteilen. Ist der Entscheid motiviert, so soll gleichzeitig mitgeteilt werden, bei welcher Amtsstelle von den Motiven Einsicht genommen werden kann, und dass bei dieser Amtsstelle Abschriften des ganzen Entscheides zum Preise von 30 Rp. per Folioseite (Tarif, Ziff. 5) erhältlich sind. Für den Beginn des Fristenlaufes ist das Datum der Zustellung der schriftlichen Mitteilung des Dispositivs massgebend.» Die bundesgerichtliche Praxis bezeichnet aber mit Recht das Requisit der schriftlichen Mitteilung als eine blosse Ordnungsvorschrift und überlässt die Bestimmung darüber völlig dem kantonalen Recht.[56])

4. Die prozessuale Wirkung der Beschwerdeerhebung charakterisiert sich dadurch, dass sie keinen obligatorischen Suspensiveffekt besitzt. B 36 schreibt in dieser Beziehung vor: «Eine Beschwerde, Weiterziehung oder Berufung hat nur auf besondere Anordnung der Behörde, an welche sie gerichtet ist, oder ihres Präsidenten aufschiebende Wirkung. Von einer solchen Anordnung ist den Parteien sofort Kenntnis zu geben.»

Eine derartige Aufschiebung kann sowohl auf besonderes Ansuchen hin, als auch von Amtes wegen verfügt werden, und sie wirkt, wenn die Behörde nichts anderes anordnet, ex tunc, d. h. der in Betracht fallende Fristenlauf beginnt nach Beendigung der Aufschiebung von neuem.[56a])

---

[56]) BE XXVI (1), 102; A VIII, 22, X, 13, 22, XI, 73. Es ist auch nicht notwendig, dass die Mitteilung des Beschwerdeentscheides direkt durch die urteilende Behörde erfolgt, sie kann auch durch Vermittlung der beschwerdebeklagten Amtsstelle geschehen.

[56a]) Vergl. BE XXXI (1), 65 und XXXII (1), 36. Gegen die Abweisung des Gesuches um Erteilung der Aufschiebung gibt es keine Weiterziehung, vergl. BE XXX (1), 101.

VII. Die Weiterziehung des Beschwerdeentscheides an eine obere kantonale Aufsichtsbehörde.

Der Entscheid einer untern Aufsichtsbehörde kann binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung an die (obere) kantonale Aufsichtsbehörde weitergezogen werden (B 18, Al. 1). Es handelt sich hiebei um keine neue Beschwerde, sondern lediglich um die oberinstanzliche Behandlung einer gemäss B 17 eingereichten Beschwerde. Dieselbe kann natürlich nur da stattfinden, wo das kantonale Recht eine untere Aufsichtsbehörde vorsieht und ihr die Entscheidung über alle oder bestimmte Beschwerden überträgt.

Wenn jedoch die untere Beschwerdeinstanz es in rechtsverweigernder oder rechtsverzögernder Weise unterlässt, den von ihr verlangten Beschwerdeentscheid zu fällen, so wäre natürlich an sich die Möglichkeit einer Weiterziehung ausgeschlossen und der Beschwerdeführer bliebe ohne Rechtsschutz. Um das zu verhindern, schreibt B 18, Al. 2 vor: «Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann gegen eine untere Aufsichtsbehörde jederzeit bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden.» Auch hier steht nicht eine der in B 17 vorgesehenen koordinierte besondere Beschwerde in Frage, sondern nur eine Ergänzung der in B 18, Al. 1 vorgesehenen Weiterziehung. B 18, Al. 2 ist demnach nicht so aufzufassen, dass gestützt darauf gegen jede beliebige Verfügung der untern Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden könnte, sofern sich dieselbe als Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung charakterisiert; diese sog. Beschwerde findet vielmehr nur statt gegenüber einem bestimmten Verhalten anlässlich der Behandlung einer der Aufsichtsbehörde gemäss B 17 unterbreiteten Beschwerde. Es handelt sich somit keinesfalls um eine Ausdehnung der in B 17 umschriebenen Passivlegitimation zur Beschwerde.[57]) Dies ergibt sich aus der Natur der Sache selbst. Die un-

---

[57]) Dies wird nicht scharf genug hervorgehoben bei Gamser, S. 151 ff. Vergl. auch die in Note 23 zit. Entscheide.



tere Aufsichtsbehörde kommt mit den am Verfahren beteiligten Personen nur dann in Berührung, wenn sich dieselben bei ihr über das Verhalten oder die Verfügungen der Vollstreckungsorgane beklagen. Dies kann aber nach B 17 nur im Wege der Beschwerde geschehen. Daraus folgt, dass eine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung gemäss B 18, Al. 2, nur mit Hinblick auf eine vor die untere Aufsichtsbehörde gebrachte Beschwerde vorliegen kann.

1. Die Voraussetzungen der Weiterziehung bestehen:

a. in einem Beschwerdeentscheid der untern Aufsichtsbehörde gemäss B 17;[58]) oder

b. in einer Rechtsverweigerung, d. h. der Weigerung der untern Aufsichtsbehörde, über eine ihr eingereichte Beschwerde in gesetzlicher Weise zu entscheiden (vergl. oben II, Ziff. 2, lit. c); oder

c. in einer Rechtsverzögerung, d. h. in der Verzögerung der einer untern Aufsichtsbehörde dem Beschwerdeführer gegenüber obliegenden Rechtshülfe (vergl. oben II, Ziff. 2, lit. d).

2. Die Aktivlegitimation, deren Vorhandensein auch hier von Amtes wegen zu untersuchen ist, besitzen:

a. Der Beschwerdeführer und seine Rechtsnachfolger;

b. solche Personen, welche an sich die zur Erhebung einer Beschwerde notwendigen rechtlichen Interessen und Beziehungen zum Vollstreckungsverfahren besessen hätten (vergl. oben III, Ziff. 1), welche aber eine Beschwerde nicht erhoben, weil die angefochtene Verfügung ihrem Interesse nicht widersprach, während sie sich nun durch den erstinstanzlichen Beschwerdeentscheid benachteiligt glauben, m. a. W. solche

[58]) Dieser Beschwerdeentscheid bildet die Grundlage der Weiterziehung, und es können deshalb an die obere Aufsichtsbehörde keine andern Begehren gestellt werden, als diejenigen, welche auch in der Beschwerde selber enthalten waren. Vergl. BE XXIX (1), 21.



Beteiligte, welche eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung verhindern wollen;[59])

c. die Konkursverwaltung (vergl. oben III, Ziff. 1, lit. d);[60])

d. Betreibungs- und Konkursbeamte werden von der Praxis, bezw. durch kantonale Gesetzesbestimmungen ausnahmsweise als zur Weiterziehung aktiv legitimiert betrachtet, sofern der erstinstanzliche Entscheid ihnen gegenüber eine Disziplinarverfügung enthält. In allen andern Fällen sind sie eben am Vollstreckungsverfahren nicht persönlich, sondern nur als vollziehende Organe beteiligt.[61]) Was von diesen Beamten gilt, trifft auch für den Sachwalter im Nachlassvertrag zu.

3. Passiv legitimiert ist der Natur der Sache nach immer nur die untere Aufsichtsbehörde, welche den Beschwerdeentscheid fällte, oder anlässlich eines Beschwerdefalles eine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung beging.

4. Die Befristung der Weiterziehung ist im Gesetz genau gleich geordnet, wie diejenige der Beschwerde selbst. Wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung kann ohne jede zeitliche Beschränkung rekurriert werden, wäh-

[59]) Dabei ist es möglich, dass sich diese Personen schon im Beschwerdeverfahren gleichsam als Nebenintervenienten konstituierten und in einer besondern Eingabe die Anträge des beschwerdebeklagten Amtes unterstützten. Die Zulassung einer solchen Intervention durch das kant. Recht oder die Praxis ist jedenfalls nicht bundesrechtswidrig. Vergl. BE XXX (1), 95, XXXI (1), 65; A XI, 66.

[60]) Wurde unterinstanzlich eine Beschwerde gegen die Konkursverwaltung zugesprochen, oder eine von ihr erhobene abgewiesen, ohne dass dieselbe rekurriert, können nicht etwa einzelne Konkursgläubiger an ihrer Stelle die Weiterziehung erklären. Vergl. BE XXVIII (1), 94.

[61]) Vergl. A V, 22; sowie Jaeger, Art. 17, N. 2, Gamser, S. 153 ff und die bei beiden zit. Entscheide, welche sich allerdings zumeist auf die Weiterziehung an das Bundesgericht beziehen. Der Bundesrat wollte in seinem Entscheid in A I, 86 den Beamten auch dann als legitimiert betrachten, wenn seine (zivilrechtliche) Verantwortlichkeit in Frage stehe. Da aber hierüber die Beschwerdebehörden überhaupt nicht zu befinden haben, scheint mir der Fall nicht in Betracht zu kommen.

rend in den andern Fällen die Weiterziehung binnen zehn — bezw. bei der Wechselbetreibung binnen fünf — Tagen seit der Mitteilung des erstinstanzlichen Entscheides (in Form einer Zustellung des schriftlichen Dispositivs[61a]) zu geschehen hat (B 18, 20 und Verordnung Nr. 2, Art. 4; vergl. oben IV).

5. Hinsichtlich des Verfahrens der Weiterziehung stellt das Gesetz keine besondern Vorschriften auf, mit Ausnahme von B 20, wo für die Erledigung derselben in Fällen der Wechselbetreibung der obern Aufsichtsbehörde eine Frist von fünf Tagen gesetzt wird. Das Verfahren kann demnach auch hier kantonal geordnet werden, sofern diese Ordnung nichts bundesrechtswidriges enthält[62]) (vgl. oben VI).

VIII. Die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Ein gesetzwidriger Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde kann binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung an das Bundesgericht weitergezogen werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann gegen die kantonale Aufsichtsbehörde jederzeit beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden (B 19).

Was wir oben über die Weiterziehung an die kantonale Aufsichtsbehörde sagten, gilt auch für die Weiterziehung an das Bundesgericht: Es handelt sich dabei nicht um ein selbständiges Rechtsmittel, sondern lediglich um die oberinstanzliche Beurteilung einer gemäss B 17 anhängig gemachten Beschwerde, unter Berücksichtigung des Falles, wo die kantonale Instanz es in rechtsverweigernder oder rechtsverzögernder Weise unterliess, ihrerseits pflichtgemäss in der Sache zu entscheiden. Es wird also keine

---

[61a]) Vergl. BE XXV (1), 57; A I, 13.

[62]) Vergl. BE XXIX (1), 106. Bundesrechtswidrig wäre z. B. die Vorschrift — wie sie Waadt besitzt —, dass die Weiterziehung bei der Kanzlei der untern Aufsichtsbehörde statt, wie B 18 vorschreibt, direkt bei der obern Aufsichtsbehörde einzureichen sei, vergl. A X, 12.

allgemeine Beschwerdekompetenz des Bundesgerichtes gegenüber den kantonalen Aufsichtsbehörden geschaffen.[63])

1. Die Voraussetzungen der Weiterziehung an das Bundesgericht sind enger als diejenigen der kantonalen Weiterziehung. Es kommen dafür nur in Betracht:

a. ein gesetzwidriger Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde (B 19, Al. 1). Die Weiterziehung kann also nur gegenüber der kantonalen, d. h. der obern Aufsichtsbehörde ergriffen werden. Der Entscheid einer untern kantonalen Aufsichtsbehörde kann niemals direkt vor das Bundesgericht gebracht werden, sondern er muss vorerst der obern kantonalen Aufsichtsbehörde vorgelegen haben.[64]) Der Entscheid muss aber ein beschwerderichterlicher sein. Eine bloss administrative Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde, die sie gemäss B 13 und 14 getroffen hat, ist der Weiterziehung nicht fähig.[65]) B 19, Al. 1 spricht ausdrücklich nur von einem Entscheid, nicht von einer Verfügung schlechtweg. Ebenso spricht auch B 21 nur von der Vollziehung von Beschwerdeentscheiden gegenüber den Beamten. Der weitergezogene Entscheid muss endlich gesetzwidrig sein, d. h. gegen eine Norm des eidgenössischen Betreibungsrechtes oder eines damit zusammenhängenden Staatsvertrages oder einer eidgenössischen Verordnung verstossen.[66]) Keine Weiterziehung ist also gegeben,

---

[63]) A. M. v. Salis a. a. O. ZschwR, NF, S. 536 und Gamser, S. 169 (vergl. die dortige Überschrift).

[64]) So auch v. Salis, a. a. O., ZschwR, NF, Bd. XII, S. 536; Gamser, S. 173; selbstverständlich kann es sich auch niemals um den Entscheid einer andern Behörde, z. B. Nachlass- oder Arrestbehörde, handeln. Vergl. A VIII, 15, sowie BE XXIV (1), 152.

[65]) Dagegen mit Unrecht v. Salis, a. a. O., ZschwR, NF, S. 563. In einem derartigen Fall kann die Schuldbetreibungskammer höchstens gestützt auf ihre Kompetenzen gemäss B 15 von Amtes wegen einschreiten. Richtig A VIII, 15.

[66]) Vergl. A II, 123. Die Weiterziehung wegen Verletzung einer eidgen. Verordnung wird verweigert in A VI, 2; vergl. dazu Kritik der Redaktion. Wie oben auch Gamser, S. 171. Von der Weiterziehung ausgeschlossen ist dagegen schlechtweg ein Entscheid, der nur eine Vorschrift des kantonalen Rechtes verletzt. Vergl. BE XXXI (1), 124; A II, 31, 63. VII, 54; v. Salis, a. a. O., S. 535, sowie oben Note 17.

wenn der kantonale Entscheid bloss als den Verhältnissen unangemessen erscheint, es wäre denn, dass er auf Erwägungen beruht, welche mit dem Zweck und Grundgedanken des Gesetzes nicht vereinbar sind. In diesem Falle müsste eben eine Verletzung des Gesetzes selbst angenommen werden.[67]) In Betracht fällt hiebei immer nur das Dispositiv, nicht aber die Motivierung des kantonalen Entscheides.[68])

b. Zur Weiterziehung berechtigt ferner eine Rechtsverweigerung der kantonalen Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren (vergl. oben VII, Ziff. 1, lit b) und endlich

c. eine Rechtsverzögerung im Beschwerdeverfahren (vergl. oben VII, Ziff. 1, lit. c).

2. Die Aktivlegitimation regelt sich hier in gleicher Weise wie bei der kantonalen Weiterziehung (vergl. oben VII, Ziff. 2), jedoch mit dem Unterschied, dass das Bundesgericht, da ihm gemäss B 15 keine Disziplinargewalt zukommt (vergl. oben § 8, III, Ziff. 2), auch nicht über eine durch die kantonale Aufsichtsbehörde getroffene Disziplinarmassnahme entscheiden kann. Infolgedessen fällt die Frage der Aktivlegitimation der Betreibungs- und Konkursbeamten bei der Weiterziehung an das Bundesgericht ausser Betracht.[69]) Ebensowenig ist natürlich der Sachwalter im Nachlassvertrag, oder eine untere Aufsichtsbehörde legitimiert; dagegen die Konkursverwaltung und die Gläubigerversammlung als Vertreter der Gesamtheit der Gläubiger.

3. Passiv legitimiert ist immer nur die obere kantonale Aufsichtsbehörde. Ein Ueberspringen dieser In-

[67]) Vergl. BE XXIV (1), 26, 70. Jaeger, Art. 19, N. 1: v. Salis, a. a. O., 535 und die dort zit. bundesrätlichen Entscheide.

[68]) So auch A VII, 114.

[69]) Ebenso v. Salis, a. a. O., S. 538 f. Anders dagegen BE XXXII (1), 22, in dem Falle, wo die kant. Aufsichtsbehörde den Beamten trotz der Vorschrift in B 5 den Parteien gegenüber schadensersatzpflichtig erklärte und ihm die Kosten des Verfahrens auferlegte. Die letztere Massnahme ging als Disziplinarmassregel m. E. das Bundesgericht nichts an. Wegen des erstern Punktes konnte es auch von Amtes wegen einschreiten.

stanz, d. h. die direkte Vorlegung eines unterinstanzlichen Entscheides an das Bundesgericht ist ebenso ausgeschlossen, wie diejenige von Verfügungen irgend einer andern Behörde.[70])

4. Die Befristung ist gleich geregelt, wie bei der kantonalen Weiterziehung: Die Anrufung des Bundesgerichtes wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung erfolgt ohne zeitliche Beschränkung; ein gesetzwidriger Entscheid kann binnen zehn — in den Fällen der Wechselbetreibung binnen fünf — Tagen seit Mitteilung des kantonalen Entscheides weitergezogen werden (B 19 und 20, vgl. IV und VII, Ziff. 4).[71])

5. Das Verfahren der Weiterziehung wird normiert durch das Bundesgesetz vom 28. Juni 1895, Art. 12, welcher die Schuldbetreibungskammer als entscheidende Behörde und das Verfahren in staatsrechtlichen Rekurssachen, wie es durch Art. 183—187 OG geregelt wird, als anwendbar erklärt (OG 196bis).

a. Die Fähigkeit, selbst eine Weiterziehung zu erklären, ist unter den nämlichen Bedingungen vorhanden, wie die Beschwerdefähigkeit im formellen Sinn. (Vergl. VI, Ziff. 1.)

b. Die Form der Weiterziehung ist diejenige einer schriftlichen Eingabe, welche ein formuliertes Rechtsbegehren und eine — mindestens summarische — Begründung enthalten muss unter Beilegung des angefochtenen Entscheides.[72])

---

[70]) Vergl. BE XXXI (1), 35; A VIII, 15; BE XXV (1), 82.

[71]) A IX, 37 stellt fest, dass die Frist mit der Mitteilung des Dispositives beginne, auch wenn die Motive noch nicht au fliegen. Vergl. dag egen Kritik der Redaktion.

[72]) Dies ergibt sich aus OG 185, welcher von einer Beschwerdeschrift spricht, aus OG 184, welcher eine vorläufige Prüfung durch den Präsidenten vorsieht und aus Art. 12 des Abänderungsgesetzes vom 28. Juni 1895, welcher eine mündliche Schlussverhandlung ausschliesst, Vorschriften, die beim Fehlen einer schriftlich begründeten Eingabe undurchführbar wären. Vergl. BE XXVIII (1), 85, XXX (1), 33; A VIII, 121. Eine spätere Ergänzung der Rekursbegründung ist zulässig, doch muss sie vor Schluss der Rekursfrist einlangen

c. Die Einreichung der Weiterziehungsvorkehr hat, da es sich um das staatsrechtliche Rekursverfahren handelt, beim Bundesgericht (Schuldbetreibungskammer) zu geschehen. Verordnung Nr. 2, Art. 3 schrieb allerdings vor, dass die Einreichung bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, deren Entscheid weitergezogen wird, zu geschehen habe. Die Praxis hat nun festgestellt, dass die eine oder die andere Einreichungsart gewählt werden könne.[73]) Der Präsident der Schuldbetreibungskammer ist befugt, nach Eingang der Beschwerdeschrift auf Ansuchen einer Partei diejenigen vorsorglichen Verfügungen zu treffen, welche erforderlich sind, um den bestehenden Zustand festzuhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicher zu stellen (OG 185). Aufschiebende Wirkung kann er der Weiterziehung gemäss B 36 auch von Amtes wegen zubilligen.

d. Die Behandlung der Weiterziehung erfolgt ausnahmslos auf Grundlage eines durch einen Instruktionsrichter zu leitenden schriftlichen Verfahrens. Stellt sich die Weiterziehung nicht sofort als unzulässig oder unbegründet[73a]) dar, so ist die Eingabe sowohl der Behörde, von welcher der angefochtene Entscheid ausgegangen ist, als auch einer allfälligen Gegenpartei, unter Ansetzung einer angemessenen Frist, zur Vernehmlassung mitzuteilen. Ein weiterer Schriftenwechsel findet nur ausnahmsweise statt (OG 183, 184, modifiziert durch Art. 12 des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1895). Der Instruktionsrichter sorgt, soweit nötig, für die Erhebung der angetragenen Beweise (OG 186). Immerhin ist der durch die kantonale Aufsichtsbehörde festgestellte Tatbestand, soweit keine Aktenwidrigkeit vorliegt, für das Bundesgericht massgebend.[73b]) Neue Be-

[73]) Vergl. A IX, 43.

[73a]) Vergl. BE XXX (1), 38.

[73b]) Vergl. BE XXIV (1), 104, 143, XXVIII (1), 62. Liegt eine Aktenwidrigkeit des durch die kant. Instanz ihrer Entscheidung zu Grunde gelegten Tatbestandes vor, so wird die Sache an jene zu neuer Beurteilung zurückgewiesen. Die Schuldbetreibungskammer kann aber auch, wenn die in Betracht fallenden Tatsachen genügend festgestellt sind, anstatt eine Rückweisung vorzunehmen, gleich selbst urteilen (vergl. BE XXIV (1), 19, 113, XXIX (1), 46, XXX

gehren, Behauptungen und Beweismittel sind regelmässig nicht zu berücksichtigen.[73c]) Das vorhandene Beweismaterial wird aber vom Bundesgericht nach freiem Ermessen gewürdigt.[74]) Die gefällte Entscheidung wird den Parteien, sowie der Behörde, welche den angefochtenen Entscheid getroffen hat, mitgeteilt und zwar sofort durch schriftliche Mitteilung des Dispositivs, während später die vollständige Ausfertigung zugesandt wird (OG 187, bezw. 102).

Fraglich ist, ob gegenüber einem derartigen Entscheid das Rechtsmittel der Revision und das Erläuterungsbegehren nach Massgabe der Art. 95 ff OG zulässig ist. Nach der Fassung des Abänderungsgesetzes (Art. 12), welches den darauf bezüglichen Art. 180 OG nicht als anwendbar erklärt, wäre die Frage zu verneinen. Die bundesgerichtliche Praxis dagegen hat sie bejaht.[75])

IX. Die Wirkungen des Entscheides in Beschwerdesachen.

Alle Entscheidungen, welche von kantonalen oder eidgenössischen Aufsichtsbehörden gemäss B 17—19 gefällt werden, haben — wie oben gezeigt wurde — stets den nämlichen Zweck, die Erledigung einer anhängig gemachten Beschwerde. Die zu beurteilende Frage ist in allen Fällen die, ob eine durch die Vollstreckungsbehörden getroffene und vom Beschwerdeführer angefochtene Verfügung aufzuheben, bezw. zu modifizieren sei oder nicht. Lautet die Entscheidung verneinend, so erwächst die angefochtene Verfügung in Rechtskraft; es verbleibt also bei dem durch sie geschaffenen faktischen und rechtlichen Zustand, sofern nicht etwa ein Einschreiten von Amtes wegen

(1), 81; A IV, 110); mit Ausnahme des Falles jedoch, wo es sich um eine Frage der Angemessenheit handelt, zu deren Beurteilung gemäss B 18, Al. 1 und 19 nur die kant. Behörden zuständig sind; vergl. BE XXIX (1), 115.

[73c]) Vergl. BE XXIV (1), 137, XXV (1), 54, XXX (1), 38, 41, 100.

[74]) Vergl. BE XXIV (1), 137, XXV (1), 54, 55, XXVII (1), 15, XXXI (1), 91, 126, XXXII (1), 25, 54; A IX, 3. Die auf das Verfahren bezüglichen Vorschriften in Verordnung Nr. 2, Art. 3, sind obsolet.

[75]) Vergl. A V, 110; dagegen Reichel, Art. 19, N. 2.

gemäss B 14 und 15 geboten ist (vergl. § 8, II, Ziff. 2 und III, Ziff. 2 hievor). Wird aber durch den Entscheid die Verfügung missbilligt, so hat die endgültig entscheidende Behörde, gleichviel welche Beschwerdeinstanz sie darstellt, ihr Urteil auch zu vollstrecken. Die Behörde, welche eine Beschwerde begründet erklärt, verfügt die Aufhebung oder die Berichtigung der angefochtenen Handlung; sie ordnet die Vollziehung von Handlungen an, deren Vornahme der Beamte unbegründeterweise verweigert oder verzögert (B 21).

In der Art und Weise der Vollziehung zeigt sich jedoch deutlich der Charakter der beschwerdeentscheidenden Behörde als Aufsichtsbehörde. Sie ist nämlich bei der Vollstreckung nicht an die gestellten Beschwerdebegehren gebunden. Vielmehr hat sie die Sache allseitig zu prüfen und diejenige Korrektur der angefochtenen Verfügung vorzunehmen, welche durch Gesetz und besondere Verumständungen als geboten erscheint.[76])

Der tatsächliche Vorgang der Vollstreckung besteht darin, dass die urteilende Behörde den zuständigen Organen die erforderlichen Weisungen erteilt und nötigenfalls die Ausführung derselben kontrolliert. Damit kann als Nebenfolge auch die Auferlegung einer Disziplinarstrafe an den fehlbaren Beamten verbunden sein, wenn es sich nicht geradezu um eine auf Bestrafung abzielende Disziplinarbeschwerde handelt, wobei die Massregelung des Beamten die Vollstreckung in der Hauptsache bildet. Zu derartigen Massnahmen sind jedoch gemäss B 14 nur die kantonalen Aufsichtsbehörden zuständig (vergl. oben VIII, Ziff. 2).[77])

---

[76]) Vergl. BE XXIII, 54, 251, XXIX (1), 79; A III, 127, V, 22; ebenso Jaeger, Art. 21, N. 2 und § 8 hievor, Note 12. Aus dem Gesagten folgt ohne weiteres, dass, wenn sich die anbegehrte Aufhebung der angefochtenen Verfügung in ihrer Wirkung als faktisch unmöglich erweist — z. B., weil die erstere vollzogen und dadurch private Rechte Dritter begründet wurden — die Beschwerde als zwecklos abgewiesen werden muss. Vergl. BE XXVIII (1), 45, XXIX (1), 112, XXX (1), 39, 157.

[77]) Vergl. BE XXX (1), 39; A VIII, 42; es wird hier in richtiger Weise auch festgestellt, dass sich die Aufsichtsbehörde nicht über die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht auszusprechen habe (vergl. § 7, V, Ziff. 3 hievor).



Wurde die Beschwerdesache infolge Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung einer untern Beschwerdeinstanz vor eine obere gebracht, so hat die letztere die Wahl, ob sie die Sache mit den nötigen Weisungen an die untere Behörde zurückweisen, oder aber direkt selbst einen Entscheid treffen und ihn exequieren will. [78]) Das letztere ist nur dann ausgeschlossen, wenn es sich um die Prüfung von Beschwerdepunkten handelt, über welche die betreffende Behörde nach gesetzlicher Vorschrift nicht zu statuieren hat. So muss z. B. das Bundesgericht eine Rückweisung vornehmen, sobald es sich um eine Frage der Angemessenheit handelt, da ihm gemäss B 19 eine Kognition hierüber nicht zusteht. [79])

Der Gläubiger, welcher eine Beschwerde siegreich durchführt, erhält dadurch keinerlei Vorzugsrechte hinsichtlich seiner Befriedigung gegenüber den andern betreibenden Gläubigern, welche ihrerseits nicht gegen die betreffende Verfügung Beschwerde führten. Da nämlich, wie oben gezeigt wurde, die Vollziehung eines zusprechenden Beschwerdeentscheides in einer amtlichen Korrektur der angefochtenen Verfügung bestehen soll, so kann die Beschwerde selbst nur als Anstoss zu dieser Korrektur betrachtet werden. Es wäre in den meisten Fällen auch sehr schwierig, genau festzustellen, in welchem Masse die Erhebung und der Zuspruch der Beschwerde auf das finanzielle Ergebnis der Betreibung eingewirkt haben. [80])

X. Die Beschwerdekosten.

Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenfrei, wie denn auch die darin errichteten Schriftstücke und gemachten Eingaben gemäss B 16, Al. 2 stempelfrei sind.

---

[78]) Die direkte Behandlung bildet in der Praxis sogar die Regel. Vergl. BE XXVII (1), 113, XXX (1), 82, XXXI (1), 83, XXXII (1), 107; A IV, 94. Wie oben auch Jaeger, Art. 18, N. 5.

[79]) Vergl. BE XXX (1), 103, sowie Note 73 b.

[80]) Wie oben auch BE XXVIII (1), 66, XXXII (1), 29; a. M. dagegen A X, 70. Von einer Rechtskraftswirkung nur inter partes, wie sie der Zivilprozess kennt, kann hier nicht gesprochen werden; vergl. BE XXIX (1), 79.

Tarif 57 schreibt in dieser Beziehung vor: «Die an die Aufsichtsbehörde gerichteten Beschwerden sind kostenfrei. Im Falle offenbarer Verletzung bestehender Vorschriften kann jedoch der fehlbare Beamte — abgesehen von der Verwirkung einer Ordnungsstrafe (B 14) — zur Vergütung der verursachten Kosten angehalten werden. Ebenso kann im Falle missbräuchlicher oder trölerischer Beschwerdeführung der Beschwerdeführer zum Ersatz der Kanzleikosten, sowie zu einer Busse bis auf Fr. 25 verfällt werden. Die Aufsichtsbehörde hat in ihrem Entscheid den Betrag der zu ersetzenden Kanzleikosten festzustellen»[80a]) (vergl. § 13 hienach).

Dem Prinzip der Kostenlosigkeit entspricht es auch, dass im gesamten Beschwerdeverfahren keinerlei Parteikosten oder Parteientschädigungen gefordert oder zugesprochen werden können. Tarif 58, welcher solche Parteientschädigungen in andern Fällen vorsieht, nimmt auf das Beschwerdeverfahren nicht Bezug und ist deshalb auch nicht darauf anwendbar. Es kann also auch dem beschwerdebeklagten Beamten keine Entschädigung für den von ihm abzugebenden Bericht zugesprochen werden, wie auch die eigentlichen Beschwerdekosten — mit Ausnahme der Kanzleikosten im oben erwähnten Spezialfall — weder einer Partei, noch auch einem fehlbaren Beamten auferlegt werden können. Auf einen in der Beschwerde oder der Beschwerdeantwort enthaltenen Parteikostenschluss wird schlechtweg nicht eingetreten.[81])

XI. Das Verhältnis der Beschwerde zu andern Rechtsmitteln.

Durch B 17 wird die Beschwerde in allen denjenigen Fällen ausgeschlossen, wo im Gesetz der Weg der gerichtlichen Klage vorgeschrieben wird. Damit ist — mindestens in thesi — eine strenge Abgrenzung des Beschwerdeverfahrens gegenüber dem Gebiete des Zivilprozessrechtes

[80a]) Gegen eine derartige Verfügung ist die Weiterziehung an das Bundesgericht nicht zulässig (BE XXXII (1), 86).

[81]) Vergl. hierüber A I, 73, VII, 61, VIII, 12, 79, X, 7. BE XXVI (1), 58.

geschaffen, und die Rechtsmittel des letzteren können somit grundsätzlich niemals mit der Beschwerde in Konkurrenz treten.

Anders dagegen verhält es sich mit dem staatsrechtlichen Rekurs. Derselbe ist gemäss Art. 113, Ziff. 3 BV und OG 175, Ziff. 3 gegeben wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger, sowie wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen. Solche Verletzungen können nun im Verlaufe des Schuldbetreibungsverfahrens öfters vorkommen. Namentlich liegt nach der modernen bundesrechtlichen Praxis bekanntlich eine Verletzung des Art. 4 BV (Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz) in jeder Rechtsverweigerung und jeder Rechtsverzögerung, welche seitens eines staatlichen Organs gegenüber dem Bürger begangen wird. Wir kämen also streng genommen zu dem Resultat, dass in diesen Fällen neben dem besondern Rechtsmittel der Beschwerde, bezw. der Weiterziehung, wie es in B 17—19 vorgesehen wird, auch das allgemeine Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses gegeben wäre. Ferner könnte nach der staatsgerichtlichen Praxis der staatsrechtliche Rekurs auch wegen jeder willkürlichen Auslegung und Anwendung des Gesetzes selbst (Gesetzwidrigkeit) oder wegen gröblicher Missachtung der tatsächlichen Verhältnisse (Unangemessenheit) ergriffen werden. Wir gelangten damit zu der Möglichkeit einer der Beschwerde parallel laufenden weitern Ueberprüfung von Verfügungen der Vollstreckungsorgane, welche auch von einer andern Behörde (II. Abteilung des Bundesgerichtes) ausgeübt würde. Ein solcher Dualismus kann nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen haben. Es ist vielmehr anzunehmen, dass der staatsrechtliche Rekurs überall da nicht gegeben ist, wo dem Verletzten zur Wahrung seiner Rechte die Beschwerde gemäss B 17—19 zu Gebote steht.[82])

Die Praxis ging aber noch einen Schritt weiter und lässt den staatsrechtlichen Rekurs überall da nicht zu, wo es sich um eine Verletzung des B als solches handelt,

[82]) Ebenso v. Salis, a. a. O., S. 557 ff; Jaeger, Art. 15, N. 2; vergl. A II, 68, 89, 93.

gleichviel ob dafür die Beschwerde gegeben ist oder nicht.[83])

Der staatsrechtliche Rekurs gegenüber einer betreibungsrechtlichen Verfügung ist somit nur gegeben, wenn eine Verletzung einer speziellen Verfassungsbestimmung oder der Vorschrift eines Staatsvertrages vorliegt, welche nicht auf dem Beschwerdeweg gemäss B 17—19 angefochten werden kann.[84]) Dies trifft dann zu, wenn es sich nicht um Verfügungen von Vollstreckungsbehörden handelt (vergl. § 11, III, Ziff. 8 hienach).

Dritter Unterabschnitt.

Die Stellung der Zivilgerichte im Schuldbetreibungsverfahren.

§ 10.

Die Obliegenheiten der Gerichte.

I. Grundsatz.

Die betreibungsrechtliche Vollstreckung ist grundsätzlich den Zivilgerichten entzogen. Dagegen weist ihnen der Gesetzgeber gewisse Funktionen, welche im Verlaufe oder als Folge des Verfahrens nötig werden, ausdrücklich zu.[1])

Diese Zuweisung versteht sich in gewissen Fällen von selbst, indem es sich dabei lediglich um die Entscheidung rein privatrechtlicher Streitigkeiten handelt, welche im Verlaufe oder nach Schluss des Betreibungsverfahrens auftauchen.

Daneben aber erheben sich im Verfahren selber oder aber in unmittelbarem Anschluss daran auch Streitigkeiten,

[83]) Z. B. im Gebiet der Rechtsöffnung, vergl. A II, 68 und dazu Kritik von Brüstlein in ZschwR, NF, Bd. XII, S. 625.

[84]) Vergl. BE XVIII, 117, XXI, 93, 94, XXIII, 199, XXVIII (1), 11, 34, XXX (1), 117, sowie v. Salis, a. a. O., S. 562 ff und die dort zit. Entscheide.

[1]) Aufzählung der einschlagenden Artikel bei Jaeger, Art. 22, N. 2 und bei Reichel, Art. 22, N. 1 und 2.

deren Grundlage keine materiellrechtliche ist, sondern im Verfahren selbst beruht. Hier ergibt sich somit die Zuständigkeit der Gerichte nicht ohne weiteres aus der Natur der Sache selbst. Ihre Feststellung im Gesetz geschieht vielmehr lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen. Allerdings befinden sich auch unter diesen formellrechtlichen Streitigkeiten solche, deren Entscheidung auf bestimmte materiellrechtliche Verhältnisse einen, wenn auch nicht rechtlichen, so doch faktischen — mitunter sogar sehr tiefgreifenden — Einfluss ausübt. Dieser Einfluss ist aber vom Gesetzgeber nicht bezweckt, sondern er stellt sich indirekt, als eine Art Reflexwirkung, ein.

Neben der bisher erwähnten Urteilstätigkeit weist aber das Gesetz den Gerichten auch den Erlass gewisser einseitiger Verfügungen im Vollstreckungsverfahren selbst zu. Und zwar geschieht dies einesteils in Anlehnung an rechtshistorische Ueberlieferungen, anderteils aber, um für diese Verfügungen, welche meist sehr einschneidender Natur sind, ein möglichst neutrales, vollständig ausserhalb des Verfahrens stehendes Organ zu bestellen.

II. Das System der gerichtlichen Betätigung.

Nach dem soeben Ausgeführten zerfällt die Tätigkeit der Gerichte im Vollstreckungsverfahren in vier Gruppen:

a. in die Entscheidung materiellrechtlicher Streitigkeiten;

b. die Entscheidung rein betreibungsrechtlicher Streitigkeiten formeller Natur;

c. die Entscheidung formell betreibungsrechtlicher Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse;

d. einseitige Verfügungen im Verfahren.[2])

---

[2]) Reichel, Art. 22, N. 1 und 2 unterscheidet einfach zwischen materiellrechtlichen, den Bestand einer Forderung oder eines Rechtes betreffenden Entscheidungen und Betreibungsstreitigkeiten, die nur auf das Verfahren Bezug haben und über den Bestand der Forderung nicht entscheiden. Jaeger, Art. 22, N. 2 dagegen spricht einesteils von Entscheidungen, für welche B die materiellen Bestimmungen enthält und anderteils von Ansprüchen, die nicht im B ihre materielle Begründung finden.

1. Materiellrechtliche Streitigkeiten können sich im Laufe des Schuldbetreibungsverfahrens oder in unmittelbarem Anschluss daran unter drei verschiedenen Gesichtspunkten erheben:

a. Die Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens hängt in gewissen Fällen davon ab, dass über den ihr zu Grunde liegenden Anspruch vorerst materiell geurteilt wird. Das Verfahren wird auf so lange hinaus unterbrochen, bis der Bestand des Anspruches durch ein gerichtliches Urteil dargetan ist. Dies ist der Fall bei Erhebung eines Rechtsvorschlages, sofern die Bedingungen der Rechtsöffnung nicht vorhanden sind (B 79, 153, 278), sowie bei Bewilligung eines Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (B 184, 186). Verwandt damit sind die Aberkennungklage (B 83) und die Forderungsklage im Nachlassvertragsverfahren (B 310).

b. Das Gesetz gibt eine materiellrechtliche Klage zur Rückforderung einer infolge Betreibung bezahlten Nichtschuld (B 86, 187).

c. Im direkten Anschluss an das Betreibungsverfahren sieht der Gesetzgeber Schadenersatzklagen vor einmal gegen die Betreibungsorgane zur Geltendmachung ihrer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit (B 5) und dann gegen den Arrestgläubiger wegen ungerechtfertigter Arrestnahme (B 273).

Das Charakteristische aller dieser Streitigkeiten beruht darin, dass sie mit dem Betreibungsverfahren in Verbindung stehen, darin gewissermassen ihren Anlass erhalten.

Einmal eingeleitet aber nehmen sie einen durchaus selbständigen, vom Vollstreckungsverfahren unabhängigen Verlauf. Ihr Resultat, d. h. das gefällte Urteil wirkt nicht nur für das Betreibungsverfahren und während desselben, sondern es regelt eben die betr. Rechtsverhältnisse materiell und abschliessend.[3])

2. Den direkten Gegensatz zu den soeben genannten

[3]) Die Forderungsklagen gemäss B 79, 153, 184, 186, 278, 310 wären sogar ohne begleitendes Betreibungsverfahren sehr wohl denkbar.

bilden die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten formeller Natur. Hier spielt das materielle Zivilrecht überhaupt keine Rolle, sondern es handelt sich lediglich um die Entscheidung über Fragen des Verfahrens, nämlich darüber, ob das Vollstreckungsverfahren in einem bestimmtem Falle fortgesetzt, bezw. neuerdings begonnen werden kann oder nicht. Hieher gehören die Entscheidungen über Gestattung eines nachträglichen Rechtsvorschlages (B 77), die Rechtsöffnung und die Beurteilung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (B 80—82, 181, vergl. 153 und 287), die Einstellung, bezw. Aufhebung der Betreibung wegen nachgewiesener Stundung oder Tilgung der Schuld (B 85), die Arrestaufhebungsklage (B 279), der Streit über Vorhandensein neuen Vermögens des Konkursiten (B 265).

Der Zweck aller dieser Entscheidungen ist immer nur die Herbeiführung einer bestimmten Wirkung im Betreibungsverfahren selbst, und es haben dieselben auf die Gestaltung materieller Rechtsverhältnisse gar keinen Einfluss.

3. Eine Mittelstellung zwischen den sub Ziff. 1 und 2 erwähnten nehmen die von uns oben so genannten formell betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse ein. Ihrer rechtlichen Natur nach sind diese Streitigkeiten unbedingt zu den formell betreibungsrechtlichen zu zählen. Sie beziehen sich in ausgesprochener Weise nur auf das Verfahren und bezwecken eine gerichtliche Feststellung darüber, ob, bezw. in welchem Umfang eine Sache in die Vollstreckung einbezogen werden kann, oder aber darüber, ob, bezw. in welchem Umfang ein bestimmter Gläubiger mit seiner Forderung an der Vollstreckung teilnehmen darf. Damit ist Ziel und Inhalt der Klage, wie sie vom Gesetzgeber gewollt sind, vollständig erschöpft; etwas anderes wird mit der Klage nicht bezweckt. Nun kann aber einerseits weder die Frage, ob und inwieweit ein Gegenstand als Substrat der Vollstreckung dienen soll, noch diejenige, ob und inwieweit eine be-

stimmte Forderung an der Vollstreckung teilnehmen darf, rechtlich gelöst werden, ohne dass der urteilende Richter auch die Frage untersucht, ob und in welchem Umfang der betreffende Gegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört, bezw. ob und in welchem Umfang die geltend gemachte Forderung wirklich zu Recht besteht. Anderseits übt natürlich der gefällte Entscheid auch einen faktischen und einschneidenden Einfluss auf die praktische Ausgestaltung der in Betracht fallenden Rechtsverhältnisse aus: Wird nämlich festgestellt, dass eine Sache als Substrat der Vollstreckung zu dienen habe, so wird sie in der Regel ihrem Ansprecher verloren gehen; denn sie wird verwertet, und der neue Erwerber erhält nach Gesetz ein unanfechtbares Eigentum daran. Ebenso wird oft der angebliche Gläubiger, dessen Forderung zur Vollstreckung nicht zugelassen wird, schwerlich mehr dazu kommen, dafür Deckung zu erlangen. Im einen wie im andern Falle wird also die wirtschaftliche Bedeutung der betreffenden Ansprüche in ganz erheblichem Masse beeinflusst. Nichtsdestoweniger ist diese Beeinflussung vom Gesetzgeber nicht gewollt; er hatte auch gar keine Veranlassung, sie zu wollen, da er ja lediglich die Frage der Vollstreckung zu normieren hatte. Sie stellt sich vielmehr als eine blosse Begleiterscheinung der betreibungsrechtlichen Entscheidung dar, welche als indirekte und ungewollte Folge der letztern eintritt (Reflexwirkung).[4]) Infolgedessen wirkt denn auch ein derartiger Entscheid nur insoweit und nur auf so lange, als das Vollstreckungsverfahren und seine Dauer

---

[4]) Eine analoge Erscheinung treffen wir auf dem Gebiete der Gesetzgebung in Gestalt der sog. Reflexrechte. Der Gesetzgeber stellt eine Norm der objektiven Rechtsordnung auf; die faktischen Verumständungen bewirken, dass dadurch — ungewollt — auch die subjektive Rechtssphäre des Individuums erweitert wird. Beispiel: Aus der gesetzlichen Festlegung der sachlichen Kompetenz eines Gerichtes resultiert ohne weiteres das Recht des Einzelnen, nur vor einem kompetenten Richter Recht zu nehmen. Über die wissenschaftliche Bearbeitung vergl. Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 67 ff und die dort zit. Literatur.

reicht. Ausserhalb desselben übt der Entscheid keine Wirkung aus. Namentlich aber können daraus keinerlei materiellrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten hergeleitet werden, und endlich besitzt er ausserhalb des Vollstreckungsverfahrens auch nicht prozessuale (Rechtskraft-) Wirkungen.

Der typische Fall einer derartigen Streitigkeit bildet die sog. Widerspruchsklage (B 107, 109). Dieselbe ist dann gegeben, wenn eine gepfändete, im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache von demselben als Eigentum oder als Pfand eines Dritten bezeichnet oder von einem Dritten als Eigentum oder Pfand beansprucht wird, bezw. wenn die gepfändete Sache sich nicht im Gewahrsam des Schuldners, sondern bei einem Dritten befindet, welcher das Eigentum oder ein Pfandrecht daran beansprucht. Dieser Prozess wird der Natur der Sache nach nur durchgeführt, um festzustellen, ob der betreffende Gegenstand überhaupt in den Pfandnexus einbezogen, d. h. zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden darf. Anderseits kann aber diese Untersuchung nicht durchgeführt werden, ohne dass geprüft wird, ob der Dritte wirklich ein derartiges dingliches Recht hat oder nicht. Endlich aber wird, wenn die Frage verneint wird, der Gegenstand regelmässig verwertet werden und für den Dritten dadurch in den meisten Fällen verloren gehen. Eine umfangreiche Literatur bezeichnet deshalb die Widerspruchsklage als dingliche Klage. Diese Anschauungsweise ist aber unrichtig, weil, sobald die Betreibung dahinfällt, wie überhaupt ausserhalb des Betreibungsverfahrens, das Urteil völlig wirkungslos ist. Keine Partei kann sich darauf berufen. Ebenso aber ist auch die entgegengesetzte Anschauung, wonach die Widerspruchsklage rein formeller Natur wäre, nicht ganz genau.

Die Widerspruchsklage kommt auch bei der Betreibung auf Pfandverwertung und im Konkurse vor (B 153 und 242; vergl. auch B 140, Al. 2). Auf dem gleichen Prinzip beruht aber auch die Anfechtungsklage (B 285 ff).

Betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung im oben genannten Sinne sind ferner die Kollokationsstrei-

tigkeiten (B 148, 157, 250; vergl. auch 251). Hier handelt es sich darum, festzustellen, ob ein Gläubiger mit einer bestimmten Forderung zur Teilnahme an der Vollstreckung zuzulassen sei oder nicht, also wiederum um eine an sich durchaus formell betreibungsrechtliche Frage. Aber auch diese Untersuchung erheischt eine Prüfung der materiellen Begründetheit des geltend gemachten Anspruches, und von ihrem Ausfall wird regelmässig die faktische Realisierbarbarkeit, d. h. die Zulassung, der Forderung abhängen. Auf analoger rechtlicher Basis beruht die Klage auf Zulassung zur privilegierten Anschlusspfändung (B 111) und ebenso die Klage auf Rückschaffung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände (B 284).

4. Die einseitigen Verfügungen im Vollstreckungsverfahren, welche das Gesetz den Gerichten zuweist, beziehen sich ausnahmslos auf die Konkursbetreibung. Da die letztere eine für die wirtschaftliche Situation des Schuldners sehr einschneidende Massregel darstellt, werden die behufs Eröffnung, Einstellung und Schliessung des Konkursverfahrens notwendigen Verfügungen einer Gerichtsstelle zugewiesen, welche darüber zu urteilen hat, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zu einer derartigen Massnahme gegeben sind oder nicht. Den Gerichten liegt demnach ob:

a. Die Anordnung des Güterverzeichnisses, sowie vorsorglicher Massnahmen vor der Konkurseröffnung überhaupt (B 162, 170, vergl. 183);

b. das Konkurserkenntnis (B 171, vergl. 189, 190);

c. der Widerruf des Konkurses (B 195, vergl. 196);

d. die Einstellung der Verlassenschaftsliquidation, bezw. des Konkursverfahrens (B 196, 230);

e. Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (B 231);

f. Schliessung des Konkursverfahrens (B 268).

Alle diese Verfügungen sind selbstverständlich rein betreibungsrechtlichen Charakters und haben keinerlei Beziehungen zum materiellen Recht. Die Gerichte handeln dabei streng genommen als Organe des Vollstreckungsverfahrens.

III. Die Abgrenzung der gerichtlichen Kompetenzen.

Die im Gesetze gegebene Aufzählung der gerichtlichen Obliegenheiten ist eine durchaus abschliessende, d. h. die Gerichte haben im Betreibungsverfahren nur in denjenigen Fällen und Formen einzugreifen, welche in den hievor angegebenen Bestimmungen des B vorgesehen sind. Abgesehen hievon ist jede Einmischung ihrerseits in das Verfahren unbedingt ausgeschlossen. Eine solche kann namentlich auch nicht gestützt auf Vorschriften der kantonalen Zivilprozessgesetzgebung erfolgen, indem der Bundesgesetzgeber hiefür nicht einmal andeutungsweise Raum gewährt. Dies ist besonders der Fall hinsichtlich der praktisch wichtigen Frage einer gerichtlichen Einstellung der Betreibung. Eine solche wird vorgesehen in B 77, 85, 107 (nachträglicher Rechtsvorschlag, urkundlicher Nachweis der geschehenen Stundung und Widerspruchsklage). Abgesehen hievon ist keine Gerichtsstelle kompetent, die Einstellung einer pendenten Betreibung zu verfügen, bezw. es haben die Vollstreckungsorgane einer derartigen Verfügung nicht nachzukommen.[5])

Sind aber auch die einzelnen Fälle der gerichtlichen Mitwirkung im Betreibungsverfahren streng abgegrenzt, so hindert das doch nicht, dass man über die Tragweite und den Umfang der gerichtlichen Kompetenzen hinsichtlich des einzelnen Falles im unklaren sein kann, da sich darüber eben keine feste Regel aufstellen lässt (vergl. § 9 II, Ziff. 3 hievor).

---

[5]) Ebenso A V, 113 und X, 8; unbestimmt A VII, 26. Die frühere bundesrätliche Praxis hat dagegen angenommen, dass eine richterliche Einstellung der Betreibung auf Grund kantonaler zivilprozessualer Bestimmungen zulässig sei; vergl. A II, 61, III, 16; ebenso ein Urteil der zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts: A II, 68. Für diese Ansicht tritt auch ein die redaktionelle Bemerkung zu A V, 113 und Reichel, Art. 17, N. 4. Wenn der letztere zur Begründung seiner Ansicht anführt, das Betreibungsverfahren als Regelung der Zwangsvollstreckung bilde einen Teil des Zivilprozesses und dieser sei durch den Richter anzuwenden, so liegt in diesem Argument einmal eine petitio principii, und dann steht es auch damit in Widerspruch, dass der Gesetzgeber die Zwangsvollstreckung eben nicht den Gerichten, sondern eigenen Behörden zuweist.

§ 11.

Gerichtsorganisation und Prozessverfahren.

I. Die Gerichtsorganisation.

Da das Schuldbetreibungsrecht grundsätzlich auch den Gerichten gewisse Funktionen im Vollstreckungsverfahren oder in Verbindung mit diesem zuweist, so hat es an sich auch zu bestimmen, wie dieselben, soweit sie mit dem Betreibungsverfahren in Berührung kommen, zu organisieren sind. Einzig in diesem Sinn kann hier von der Gerichtsorganisation die Rede sein.

1. Als Grundsatz schreibt B 22 vor: «Die Kantone bezeichnen die richterlichen Behörden, welche für die in diesem Gesetze dem Richter zugewiesenen Entscheidungen zuständig sind. Es können Einzelrichter, Gerichte oder Ausschüsse von solchen zuständig erklärt werden.»

Eine Genehmigung durch die Bundesbehörden ist für diese Organisation nicht erforderlich. Dagegen ist davon dem Bundesgericht Kenntnis zu geben, welches für angemessene Bekanntmachung sorgt (B 28).

Der Gesetzgeber befolgt hier also in noch ausgesprochenerer Weise als bei den Vollstreckungsbehörden selbst das Prinzip, dass die Behördenorganisation dem kantonalen Rechte zufallen soll. Es handelt sich in noch intensiverem Masse wie dort um kantonale Behörden, deren Zusammensetzung, Wahl und rechtliche Stellung lediglich durch kantonale Rechtsnormen geregelt wird. Daraus folgt, dass für die in Betracht kommenden Beamten weder die betreibungsrechtlichen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (B 5—7),[1]) noch auch diejenigen über Ausstandspflicht und Enthaltung von gewissen Rechtsgeschäften (B 10–11), noch auch endlich diejenigen über Aufsicht, Disziplinargewalt und Beschwerdeführung (B 14—20) Anwen-

---

[1]) So auch Jaeger, Art. 22, N. 4 und v. Salis, a. a. O. ZschwR, NF, XII, S. 548.

dung finden. Hier machen vielmehr im Zweifelsfalle die Vorschriften der Zivilprozessordnungen Regel.[1a])

2. Die Kompetenzen dieser Gerichtsbehörden werden als solche ausschliesslich durch das Bundesrecht festgestellt; denn es bestimmt eben, in welchen Fällen des Vollstreckungsverfahrens die Gerichte mitzuwirken haben. Dagegen fällt die Verteilung dieser Zuständigkeit an die einzelnen in Frage stehenden Gerichtsbehörden grösstenteils dem kantonalen Rechte zu, da dies einen wesentlichen Teil der ihm gemäss B 22 überlassenen Bezeichnung dieser Behörden ausmacht. Uneingeschränkt trifft dies namentlich zu hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit der einzelnen Gerichtsbehörden. Dagegen gibt in Bezug auf die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit in einzelnen Fällen das Bundesrecht dem kantonalen Gesetzgeber bestimmte Direktiven. Einesteils nämlich wird darin ausdrücklich vorgeschrieben, dass ein bestimmtes Prozessverfahren vor dem Richter des Betreibungsortes, bezw. Arrestortes vor sich zu gehen habe (B 83, 86, 148, 273 und 279).[2]) Andernteils aber ergibt sich die örtliche Kompetenz öfters aus der rechtlichen Natur des betreffenden Verfahrens selbst. Ueberall da nämlich, wo ein solches Gerichtsverfahren seinem Wesen und Zweck nach als ein Bestandteil des Vollstreckungsverfahrens oder als reiner Inzident desselben aufzufassen ist, muss logischerweise zur Vornahme einer derartigen Verfügung, bezw. zur Fällung eines solchen Entscheides der Richter des Betrei-

[1a]) In den meisten Kantonen sind die betreibungsrechtlichen Funktionen den bestehenden Zivilgerichtsbehörden übertragen worden, unter starker Bevorzugung des Einzelrichters. Nur ausnahmsweise wurden besondere Gerichtsstellen neu geschaffen, wie in Nidwalden das Konkursgericht (EG 7 ff). Eine Aufzählung der einzelnen Behörden bei Schulthess: Rechtsfreund im Betreibungs- und Konkursverfahren (Anhang); die einschlägigen Bestimmungen der kant. Einführungsgesetze bei Brand und Wasem, S. 91 ff.

[2]) Diese Vorschriften machen einen ziemlich zufälligen und wenig systematischen Eindruck. Man begreift nicht recht, warum das Gesetz speziell in diesen Fällen den Ort des Verfahrens bestimmt, in andern, analogen, nicht.

bungs- oder Konkursortes zuständig sein.[3]) Es trifft dies also zu bei den oben aufgezählten Fällen der formell betreibungsrechtlichen Streitigkeiten (mit oder ohne Reflexwirkung), sowie bei den einseitigen Verfügungen der Gerichtsbehörden (vergl. § 10, II, Ziff. 2—4 hievor).

Gemäss B 22 muss es im allgemeinen auch als Sache des kantonalen Gesetzgebers angesehen werden, zu bestimmen, ob die den Gerichten obliegenden Verfügungen von einer bestimmten Behörde endgültig zu treffen, oder aber an eine höhere Gerichtsinstanz weiterziehbar sind. Das Bundesrecht entscheidet diese Frage lediglich für zwei Spezialfälle, nämlich für das Konkurserkenntnis und den Entscheid über den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung (B 174 und 185), indem es hier die Möglichkeit der Weiterziehung vorsieht.[4]) Nur auf diese beiden Fälle kann sich deshalb — abgesehen von nichtgerichtlichen Verfügungen — auch die Vorschrift in B 36 beziehen, wo bestimmt wird, dass eine Weiterziehung oder Berufung nur auf Anordnung der Behörde, an welche sie gerichtet ist, oder ihres Präsidenten aufschiebende Wirkung hat, von welcher Verfügung den Parteien sofort Kenntnis zu geben ist. In allen andern Fällen entscheidet über den Suspensiveffekt der Weiterziehung das kantonale Recht, wenn es eine Weiterziehung überhaupt vorsieht, und zwar, in Ermangelung spezieller Bestimmungen, die kantonale Zivilprozessordnung.[5])

II. Das Prozessverfahren.

Das Verfahren, in welchem die Gerichte die ihnen durch das Schuldbetreibungsrecht zugewiesenen Funktionen

[3]) In diesem Sinne auch BE XXV (1), 7, wo sich eine prinzipielle Erörterung der Frage überhaupt findet und Jaeger, Art. 22, N. 3.

[4]) Nähere Ausführungen hierüber, namentlich über die Frage des Obligatoriums der Weiterziehung, sind bei der Behandlung der einschlägigen Spezialinstitute zu geben.

[5]) Von praktischer Bedeutung ist diese Frage namentlich hinsichtlich der Appellabilität in Rechtsöffnungssachen; vergl. darüber § 25 hienach.

zu erledigen haben, muss sich natürlich den Bedürfnissen dieser letztern anpassen. Daher kommen hier verschiedene Arten des Prozessverfahrens in Anwendung, die sich einteilen lassen in das gewöhnliche Zivilprozessverfahren, das beschleunigte Verfahren und das summarische Verfahren.

1. Das gewöhnliche Zivilprozessverfahren, d. h. die Regelung, wie sie das betreffende kantonale Recht für die Durchführung der Zivilrechtsstreitigkeiten überhaupt vorsieht, kann — formell gesprochen — überall da Anwendung finden, wo das Bundesrecht keine besondere Art des prozessualen Vorgehens verlangt. Der Natur der Sache nach trifft dies vor allem da zu, wo es sich um die Beurteilung einer im Laufe des Vollstreckungsverfahrens auftauchenden materiellrechtlichen Streitigkeit handelt (vergl. § 10, II, Ziff. 1 hievor).[6]) Diese Streitigkeiten unterscheiden sich, wie schon früher gezeigt wurde, nicht von einer direkt aus dem materiellen Rechte resultierenden Streitsache, und es liegt deshalb auch kein Anlass zu einer Abweichung im Hinblick auf das Verfahren vor. Daneben hat aber der Gesetzgeber durch sein Stillschweigen auch in einigen wenigen Streitfällen Raum für die Anwendung des gewöhnlichen Zivilprozessverfahrens gelassen, in welchen es sich, streng genommen, nicht um materiellrechtliche Fälle, sondern um betreibungsrechtliche Streitigkeiten handelt (B 107, 109, 242, 285). Hier liegt es deshalb im Belieben des kantonalen Rechtes, welchen Weg des Verfahrens es einschlagen lassen will (vergl. Ziff. 2 hienach).

Hinsichtlich derjenigen Fälle, welche in das gewöhnliche Zivilprozessverfahren verwiesen sind, stellt B überhaupt keinerlei Vorschriften prozessualer Natur auf. Dagegen wird in einigen Fällen (B 83, 86, 278, 310) eine gesetzliche Befristung des Rechtes zur Klageanhebung vorgesehen (vergl. § 18 hienach).

2. Das beschleunigte Verfahren (procédure civile accélérée, procedura accelerata) lehnt sich seiner Struktur nach direkt an das gewöhnliche Zivilprozessverfahren an. Seine Regelung als solche wird auch dem kantonalen Rechte

[6]) B 5, 79, 83, 86, 153, 184, 186, 187, 273, 278, 310.

überlassen (B 25, Ziff. 1); allerdings unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat (B 29) und der Anzeigepflicht gegenüber dem Bundesgericht (B 28).[7] Das Bundesrecht begnügt sich damit, einzelne Eigenschaften, welche dieses Verfahren besitzen soll, vorzuschreiben:

a. Das Verfahren ist so einzurichten, dass die Parteien auf kurz bemessenen Termin geladen werden (B 25, Ziff. 1). Die Festsetzung der zeitlichen Dauer dieser Fristen ist aber durchaus dem kantonalen Rechte überlassen, und es ist eine Verkürzung der im kantonalen Prozessrecht vorgesehenen Fristen, sofern dieselben schon an sich kurz bemessen sind, nicht unbedingt notwendig.[8])

b. Das Verfahren ist ferner so einzurichten, dass die Prozesse binnen sechs Monaten seit Anhebung der Klage durch Hauptturteil der letzten kantonalen Instanz erledigt werden können (B 25, Ziff. 1). Es muss also die Möglichkeit vorhanden sein, innerhalb dieser Zeitdauer ein, soweit kantonales Recht anlangend, rechtskräftiges Urteil in der Streitsache selbst — abgesehen von allen Inzidenten — zu erhalten.[9])

c. Für die Berufung an das Bundesgericht (vergl. unten III), wo sie überhaupt zulässig ist, wird vorgeschrieben, dass die schriftliche Mitteilung des kantonalen Urteils an die

---

[7]) Über die Bedeutung der bundesrätlichen Genehmigung vergl. § 3, IV, Ziff. 2 hievor.

[8]) A. M. Reichel, Art. 25, N. 2, der aus dieser Vorschrift auch den Schluss zieht, dass das Verfahren durchaus mündlich geordnet sein müsse. Es wird aber faktisch in mehreren Kantonen ein Schriftenwechsel vorgesehen, vergl. Graubünden EG 17, Tessin EG 23, Neuenburg EG 23 (abgedr. bei Brand und Wasem, S. 178 ff). Die bundesgerichtliche Praxis verlangt lediglich, dass die Parteien überhaupt zum Worte kommen (BE XXVIII (1), 80) und stellt den Kantonen namentlich die Wahl der Form der Klageerhebung frei (BE XXI, 36).

[9]) Dabei braucht aber auf die Möglichkeit der Ergreifung ausserordentlicher Rechtsmittel, wie Nichtigkeitsklage, Revision, neues Recht, nicht Rücksicht genommen zu werden; vergl. auch Jaeger, Art. 25, N. 3. Die Form der Vorschrift ist eine äusserst vage; vergl. eine richtige Würdigung ihrer praktischen Bedeutung bei Reichel, Art. 25, N. 2.

Parteien von Amtes wegen innerhalb zehn Tagen nach der Ausfällung zu erfolgen hat (OG 63, Ziff. 4); ferner wird die Berufungsfrist, die Frist zur Anschlussberufung und die Antwortfrist für den Berufungsgegner auf fünf Tage verkürzt (OG 65, Al. 2, 70, Al. 1, 72, Al. 1), und es sind nach geschehener Berufung Abschrift des Urteils und Akten dem Bundesgericht ebenfalls binnen fünf Tagen einzusenden (OG 68, Al. 1). Die letztgenannte Bestimmung findet auch auf die Kassation analoge Anwendung (OG 90, Al. 1).

Die Fälle der Anwendung des beschleunigten Verfahrens lassen sich scheiden in obligatorische und fakultative. Für die erstern ist die Anwendung durch den Bundesgesetzgeber direkt vorgeschrieben, und zwar betrifft dies B 111 (Bestreitung der privilegierten Anschlusspfändung), B 148, 157, 250 (Kollokationsstreitigkeiten), 265 (Streit über das Vorhandensein neuen Vermögens), 279 (Arrestaufhebungsklage), 284 (Streit betr. Zurückschaffung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände). Daneben aber steht es den kantonalen Rechten frei, das beschleunigte Verfahren auch für andere im Betreibungsverfahren vorkommende Streitigkeiten vorzusehen. Dies geschieht in einigen Kantonen hinsichtlich der sog. Widerspruchsklage (B 107, 109, 242);[10]) für die Wechselklage (B 186)[11]) und für die Anfechtungsklage (B 285 ff).[12]) Anderorts wird einfach vorgesehen, dass der Richter für alle Streitsachen, welche nach dem ordentlichen Verfahren zu erledigen wären, das beschleunigte Verfahren anordnen könne, wenn beide Parteien es verlangen und die Dringlichkeit der Erledigung bescheinigt ist (Luzern, Gesetz über das Zivilrechtsverfahren § 362).

3. Das summarische Verfahren (procédure sommaire, procedura sommaria) wird im Gesetz ausdrücklich vorgesehen «betreffend Rechtsvorschläge und Konkurs-

---

[10]) Zürich EG 72, Bern EG 36, Schwyz EG 23, Zug EG 21.

[11]) Bern EG 36.

[12]) Bern EG 36, Uri EG 27.

begehren» (B 25, Ziff. 2).[13]) Es hat demnach Anwendung zu finden:

a. auf alle richterlichen Entscheidungen über die Bewilligung, bezw. die Beseitigung von Rechtsvorschlägen: B 77 (Bewilligung eines verspäteten Rechtsvorschlages), 80—82 (Rechtsöffnung), 181 ff (Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung) und, nach der Praxis, auch auf B 85 (Einstellung oder Aufhebung der Betreibung bei urkundlich nachgewiesener Stundung oder Tilgung der Schuld);[14])

b. Zur Beurteilung gestellter Konkursbegehren, also B 166 ff. (Konkursbegehren bei der ordentlichen Konkursbetreibung), 188, 189 (Konkursbegehren bei der Wechselbetreibung), 190 (Konkursbegehren ohne vorgängige Betreibung), 191, 192 (Konkursanmeldung durch den Schuldner).

Die Regelung des summarischen Verfahrens wird ebenfalls den Kantonen überlassen (B 25, Ziff. 2). Der Bundesgesetzgeber stellt hier — im Gegensatz zum beschleunigten Verfahren — keine allgemeinen Normativvorschriften auf, sondern gibt für das Verfahren in einzelnen hieher gehörigen Fällen Spezialvorschriften. Dieselben beziehen sich entweder auf die Zeit, innerhalb welcher das Verfahren durchzuführen ist (B 77, 84, 168, 181), oder auf die Art der Ladung und das Erscheinen der Parteien, bezw. dessen Bedeutung für das Verfahren (B 168, 171, 181, 190), oder auf die zugelassenen Beweismittel und Gegenbeweismittel und die Art und Weise der Beweisführung (B 77, 81, 82), oder auf die Mitteilung des gefällten Entscheides (B 184), oder endlich auf die Weiterziehung des letztern (B 174, 185).[15])

Daraus folgt einmal, dass man das summarische

---

[13]) Das summarische Verfahren war im bundesrätlichen Entwurf vom 23. Februar 1886 noch nicht vorgesehen. Derselbe ordnete für die Rechtsöffnung das beschleunigte Verfahren an (Art. 85, 280, Ziff. 1).

[14]) Vergl. BE XXIX (1), 40 und Jaeger, Art. 25, N. 4.

[15]) Die nähere Darstellung dieser Vorschriften vergl. in den einschlägigen §§.

Verfahren unseres Gesetzes nicht ohne weiteres dem summarium des gemeinen Prozesses gleichsetzen darf; wenigstens wird daraus hinsichtlich der Ausgestaltung des Verfahrens schwerlich ein praktischer Gewinn gezogen werden können.[16]) Ferner aber muss angenommen werden, dass es den Kantonen frei steht, unter Berücksichtigung der aufgezählten Einzelgrundsätze, ihrerseits ein für alle Fälle geltendes detailliertes Verfahren aufzustellen,[17]) oder aber — was noch häufiger vorkommt — als wichtigstes summarisches Verfahren das Rechtsöffnungsverfahren zu regeln und es für die übrigen Fälle bei der Bezeichnung der zuständigen Gerichtsstelle bewenden zu lassen.[18])

II. Die Stellung des Bundesgerichtes in den Prozessfällen des Schuldbetreibungsrechtes.

Dem Bundesgericht werden hinsichtlich der im Schuldbetreibungsverfahren vorkommenden Prozessfälle im B selbst keinerlei Funktionen übertragen. Daraus folgt, dass sich das Bundesgericht in diesen Fällen nur sofern und soweit zu betätigen hat, als dies die ihm gemäss OG zugewiesenen allgemeinen Kompetenzen anbetrifft. Und zwar kommen in Betracht die zivilrechtliche Berufung (OG 56 ff), die Kassation (OG 89 ff) und der staatsrechtliche Rekurs (OG 175 ff).

1. Die Berufung setzt voraus eine Verletzung des Bundesrechtes durch ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Hauptturteil in einer nach eidgenössischem Recht zu entscheidenden Zivilrechtssache beim Vorhandensein eines Streitwertes von mindestens 2000 Fr. (OG. 57—59). Abgesehen von den übrigen soeben genannten Requisiten

[16]) Vergl. Reichel, Art. 25, N. 4 und, speziell über die gemeinrechtliche Regelung, Bayer: Theorie der summarischen Prozesse nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechtes, 7. Aufl. 1859, S. 1 ff und die dort aufgezählte ältere Literatur, sowie Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse. 1859, S. 171.

[17]) Vergl. z. B. Zug EG 26 ff, Schwyz EG 18.

[18]) Vergl. z. B. Zürich EG 69 ff, Bern EG 40, 41.

wird es also für die Berufungsmöglichkeit immer darauf ankommen, ob der in dem betreffenden Verfahren getroffene Entscheid als ein zivilrechtliches Hauptturteil (OG 58) betrachtet werden kann oder nicht. Unter Hauptturteil ist aber nur ein Entscheid zu verstehen, durch welchen über den in einem Zivilrechtsstreit vor den Richter gebrachten Anspruch im Sinne des Zuspruches oder der Abweisung entschieden wird, ohne Rücksicht auf allfällige Zwischenfragen.[19]) Dieser Charakter des gefällten Entscheides trifft immer zu bei den materiellrechtlichen Streitigkeiten des Vollziehungsverfahrens (vergl. § 10, II, Ziff. 1 hievor). Hier handelt es sich ausnahmslos um die endgültige Erledigung einer zivilrechtlichen Streitsache.

Diese Streitigkeiten werden denn auch — wie oben gezeigt wurde — im gewöhnlichen Zivilprozessverfahren geführt, so dass überhaupt kein Grund vorhanden wäre, für sie hinsichtlich der Berufungsmöglichkeit eine Ausnahme zu machen.

Was die im beschleunigten Verfahren zu führenden Prozesse anbelangt, so geht aus OG 63, Ziff. 4 ausdrücklich hervor, dass der Bundesgesetzgeber selbst für berufungsfähig hält die Kollokationsstreitigkeiten im Pfändungs- und Konkursverfahren, sowie Streitigkeiten betr. heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände (B 148, 250, 284). In allen andern Fällen des beschleunigten Verfahrens wird deshalb aus formellen Gründen die Berufung nicht zugelassen.[20]) Dies ist aber auch aus materiellen Gründen gerechtfertigt, indem es sich in diesen Streitigkeiten streng genommen nur um Fragen des Vollstreckungsverfahrens handelt (rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten): Streit über das Vorhandensein neuen Vermögens (B 265),[21]) Arrestaufhebungsklage (B 279).[22])

[19]) Vergl. Bayer: Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Zivilprozess, 10. Aufl. 1869. S. 400 und Reichel: Kommentar zum OG, Art. 58, Note 2; Weiss: Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, 1908, speziell § 5 ff.

[20]) Vergl. BE XIX, 120, XXIV (2), 3. Weiss, a. a. O., S. 8, Note 3.

[21]) Vergl. BE XXII, 80, XXIV (2), 66, XXIX (2), 89.

[22]) Vergl. BE XIX, 120.

Im Falle des Streites über die privilegierte Anschlusspfändung (B 111), welcher auch hieher gehört und bei welchem allerdings eine Reflexwirkung auf das materielle Recht (vergl. § 10, II, Ziff. 3 hievor) vorhanden wäre, ist die Berufung so lange nicht zulässig, als der materielle Untergrund nicht im eidgenössischen, sondern im kantonalen ehelichen Güterrecht wurzelt.[23]) Der Ausschluss von der Berufung trifft aber überhaupt nur die durch B dem beschleunigten Verfahren obligatorischerweise unterworfenen und in OG 63, Ziff. 4 nicht genannten Fälle, nicht aber diejenigen Streitigkeiten, für welche das beschleunigte Verfahren bloss kantonalrechtlich vorgeschrieben wird (vergl. oben II, Ziff. 2): Widerspruchsklage (B 107, 109, 242), Wechselklage (B 186), Anfechtungsklage (B 285 ff). Hier ist vielmehr die Berufung auch in denjenigen Kantonen zulässig, welche eine solche Unterstellung vorsehen.[23a])

Diejenigen Streitigkeiten, welche gemäss B 25, Ziff. 2 im summarischen Verfahren zu entscheiden sind, unterliegen niemals der Berufung an das Bundesgericht.[24]) Denn nicht nur wird ihrer in OG 63, Ziff. 4 nicht Erwähnung getan, sondern es fehlt ihnen auch jeder materiellrechtliche Untergrund, der sie einer eigentlichen Zivilrechtssache gleichstellen liesse. Handelt es sich doch hier lediglich entweder um rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten betreffend Rechtsvorschlag und Rechtsöffnung (B 77, 80—82, 85, 181) oder um einseitige Verfügungen der Gerichte betreffend die Konkurseröffnung oder Schliessung (B 166 ff, 188, 189, 190—192), bei welchen letztern öfters sogar das Merkmal der Parteistreitigkeit fehlt.

2. Die Kassation ist gemäss OG 89 zulässig in

---

[23]) In diesem Sinne auch BE XXIV (2), 3.

[23a]) Wir können deshalb konstatieren, dass in den betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materielle Rechtsverhältnisse (§ 10, II, Ziff. 3 hievor) der Bundesgesetzgeber das materielle Element für überwiegend und daher im Haupturteil als vorhanden ansieht; vergl. auch Weiss, a. a. O., S. 6 ff.

[24]) Vergl. BE XXI, 57; Weiss, a. a. O., S. 6 ff.

denjenigen Zivilrechtsstreitigkeiten, welche die zur Berufung notwendigen Merkmale mit Ausnahme des Streitwertes gemäss OG 59 aufweisen, sofern das urteilende kantonale Gericht statt des eidgenössischen kantonales oder ausländisches Recht zur Anwendung gebracht hat. Da somit auch hier ein Hauptturteil in einer Zivilrechtssache vorhanden sein muss, treffen die gleichen Ueberlegungen zu, wie sie oben (sub Ziff. 2) hinsichtlich der Berufung angeführt wurden.[25])

3. Hinsichtlich der Zulässigkeit des staatsrechtlichen Rekurses vergl. § 9, XI hievor, sowie die in § 3, II, Ziff. 2 erwähnten Spezialfälle. Da gegenüber den Entscheidungen und Verfügungen von Gerichtsbehörden, auch wenn sie im Betreibungsverfahren oder in unmittelbarem Anschluss daran getroffen werden, eine Beschwerde gemäss B 17 ff nicht gegeben ist, so kann gegen dieselben der staatsrechtliche Rekurs ergriffen werden, sofern die durch BV 113, Ziff. 3, sowie OG 175, Ziff. 3 bestimmten Voraussetzungen (Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger oder von Konkordaten und Staatsverträgen) zutreffen. Regelmässig wird es sich dabei entweder um eine Verletzung der Art. 4, 59 und 61 BV oder der bestehenden Gerichtstandsverträge handeln.[26])

Vierter Unterabschnitt.

§ 12.

Die Hülfsorgane des Schuldbetreibungswesens.

I. Begriff und Arten.

Als Hülfsorgane des Schuldbetreibungswesens bezeichnen wir diejenigen Amtsstellen, welche zwar nicht dazu berufen sind, die Zwangsvollstreckung als solche durchzuführen, welchen jedoch bestimmte, damit direkt zusammenhängende Funktionen übertragen sind. Die letztern bestehen einesteils in eigentlichen Hülfsdiensten bei der

[25]) Vergl. BE XX, 68.

[26]) Vergl. Reichel, Art. 25, N. 6. BE XXIX (1), 92.

Zwangsvollstreckung selbst, und wir können in diesem Falle von Hülfsorganen im engern Sinne sprechen. Hieher gehören die Depositenanstalten und die Führer der Pfändungskontrollen. Anderenteils aber haben die Hülfsorgane Funktionen auszuüben, welche nicht der Vollstreckung selbst dienen, sondern dazu bestimmt sind, zur Sicherung der letzteren beizutragen, oder gar ein Surrogat derselben zu bilden. Es handelt sich also dabei um Hülfsorgane im weitern Sinn, und zwar betrifft dies die Arrestbehörden, die Behörden, welche für die Ausweisung von Mietern und Pächtern zuständig sind (Exmissionsbehörden) und endlich die Nachlassbehörden.

II. Die Hülfsorgane im engern Sinn.

Dieselben haben im Laufe des Schulbetreibungsverfahrens bestimmte, ihnen durch den Gesetzgeber übertragene Verrichtungen zu vollziehen.

1. Die Depositenanstalten sind Anstalten, welche gehalten sind, in den im Gesetz vorgesehenen Fällen Depositen anzunehmen. Sie werden von den Kantonen bezeichnet, und diese haften für die von den Anstalten verwahrten Depositen (B 24). Es kann somit für jeden Verlust, welcher in dieser Beziehung entsteht, direkt auf den Staat als solchen gegriffen werden, ohne dass es der Geschädigte nötig hat, zuerst die etwa schuldigen Organe der Depositenanstalt zu belangen. B 5—7 finden also nicht Anwendung. Als Depositenanstalten haben die Kantone in den meisten Fällen ihre staatlichen Bankinstitute bezeichnet, seltener die Staatskasse selbst oder ihre Agenturen; einigerorts auch private Bankinstitute oder die Gerichtsschreiberei.[1])

[1]) Die Staatskasse oder deren Agenturen in Bern, Freiburg, Thurgau, Genf; staatliche Bankinstitute in Zürich, Luzern, Uri, Schwyz, beide Unterwalden, Glarus, Solothurn, Baselland, Schaffhausen, beide Appenzell, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Waadt, Neuenburg; die Zivilgerichtsschreiberei in Baselstadt; Zug und Tessin überlassen die Bezeichnung dem Regierungsrat. Vergl. die Aufzählung bei Reichel, Art. 24, N. 1; ferner Brand und Wasem, S. 1 ff.

Die Aufgabe der Depositenanstalt erstreckt sich nach zwei Richtungen hin:

a. Die Anstalt ist Verwahrungsstelle zu Handen der Betreibungs- und Konkursämter und der Konkursverwaltungen. Dieselben haben ihr Geldsummen, Wertpapiere und Wertsachen, über welche nicht binnen drei Tagen nach ihrem Eingange verfügt wird, zu übergeben (B 9, 241; vergl. auch § 7, III hievor).

b. Die Anstalt ist aber auch eigentliche Hinterlegungsstelle für Gelder, welche an sich einem bestimmten Gläubiger reserviert werden, ihm aber vorläufig noch nicht ausbezahlt werden sollen. Dahin gehören: Die auf Forderungen mit provisorischer Pfändung entfallenden Beträge des Verwertungserlöses (B 144, Al. 5), Konkursanteile von Forderungen unter aufschiebender Bedingung oder mit ungewisser Verfallzeit (B 264, Al. 3), die auf bestrittene Forderungen entfallenden Beträge der Nachlassdividende (B 313, 317, Al. 2).

2. Als Führer der Pfändungskontrolle hat diejenige Amtsstelle zu funktionieren, welche die Grund- und Hypothekenbücher führt. Ihre Aufgabe besteht darin, die vorgekommenen Pfändungen von Liegenschaften anzumerken und dem Betreibungsbeamten darüber eine Bescheinigung auszustellen (B 101, 140, ZGBE 60; vergl. ZGB 960). Ihre Organisation ist kantonal.[2])

III. Die Hülfsorgane im weiteren Sinn.

Dieselben sind ebenfalls durch die Kantone zu bezeichnen, welche demnach auch ihre Organisation zu regeln haben.[3]) Es gehören hieher:

a. die Behörden, welche für die Bewilligung von Arresten (B 271—281) zuständig sind (B 23, Ziff. 1);

[2]) Vergl. Jaeger, Art. 101, N. 4.

[3]) Diese Behörden stehen immer ausserhalb des eigentlichen Vollstreckungsverfahrens. Es kann deshalb gegen sie — auch wenn sie der Person ihrer Funktionäre nach mit dem Betreibungsamt oder den Aufsichtsbehörden identisch sein sollten, was an sich zulässig ist — niemals eine Beschwerde gemäss B 17 ff geführt werden; vergl. BE XXV (1), 82; ferner § 9, II, Ziff. 1, lit. b hievor.

b. die Behörden, welche für die Ausweisung von Mietern und Pächtern (B 282) zuständig sind (B 23, Ziff. 2);

c. die Behörden, welche für das Nachlassverfahren (B 293—317) zuständig sind. Es steht den Kantonen frei, hiefür eine einzige oder zwei Instanzen aufzustellen (B 23, Ziff. 3).

Die genannten Verrichtungen können sowohl Gerichts- als auch Verwaltungsbehörden übertragen werden (B 23, Al. 2).[4])

Fünfter Unterabschnitt.

§ 13.

Die Betreibungskosten.

I. Begriff und Einteilung.

Die Betreibungskosten sind diejenigen Geldaufwendungen, welche zum Zweck der Durchführung des Schuldbetreibungsverfahrens gemacht werden müssen. Sie zerfallen in die Auslagen und in die Gebühren. Keine eigentlichen Betreibungskosten, trotzdem sie ebenfalls anlässlich des Verfahrens entstehen, sind dagegen die Parteikosten. Wenn daher das Gesetz von Betreibungskosten schlechtweg spricht, so sind dabei die Parteikosten nicht mitverstanden.

1. Die Auslagen sind diejenigen Aufwendungen, welche die amtlichen Organe behufs richtiger Durchführung des Schuldbetreibungsverfahrens zu machen haben. Hieher gehören z. B. die Kosten für den Unterhalt und die Aufbewahrung gepfändeter oder Bestandteil der Konkursmasse bildender Gegenstände (B 105, 137, Al. 2, 240), die Versteigerungskosten (B 135, Al. 2, 156, 259), Auslagen für Frankatur, Transport, Grundbuch- und Hypothekenbuch-

---

[4]) Vergl. BE XXXI (1), 42; ferner das Verzeichnis bei Reichel, Art. 25; Brand und Wasem, S. 91 ff. Über ihre spezielle Einrichtung und Tätigkeit ist später in den zutreffenden §§ zu handeln.

gebühren, Entschädigungen für Sachverständige, Reiseentschädigungen etc. (Tarif 2, 3, 6, 7).

Das Vorhandensein und die Höhe der Auslagen richtet sich regelmässig nach den Verumständungen des einzelnen Falles.

2. Die Gebühren sind die Entschädigungen, welche die staatlichen Organe für ihre Funktionen im Schuldbetreibungsverfahren beziehen. Das kantonale Recht bestimmt, ob die Gebühren den betreffenden Organen selbst als Honorar (Sporteln) zufallen, oder ob sie in die Staatskasse fliessen, welche in diesem Falle die Besoldung der Funktionäre bestreitet (vergl. § 6, IV und V hievor).[1]

Die Gebühren werden durch einen Gebührentarif geordnet, welchen der Bundesrat festsetzt (B 16, Al. 1). Von gesetzeswegen wird vorgesehen, dass bestimmte Bescheinigungen durch das Betreibungsamt gebührenfrei auszustellen sind (B 67, Al. 3, 74, Al. 3, 88, Al. 3, 179).[2] Im übrigen befasst sich das Gesetz selbst nicht mit dem Gebührenwesen.

Die Gebühren sind die einzigen Einnahmen, welche die Kantone aus dem Schuldbetreibungswesen als solchem ziehen sollen. Es dürfen den Parteien ausser denselben und den Auslagen keine weitern Kosten angerechnet werden (Tarif 1). Ueberdies aber sind die im Betreibungs- und Konkursverfahren errichteten Schriftstücke stempelfrei (B 16, Al. 2). Hieher gehören vor allem sämtliche Schriftstücke, deren Errichtung das Gesetz selbst vorsieht, gleichviel ob sie durch die Behörden, den Gläubiger, den Schuldner oder einen Dritten geschieht (amtliche Verfügungen, Begehren, Gesuche und Eingaben), und ebenso gleichviel, ob sie im eigentlichen Vollstreckungsverfahren oder aber in einem Hülfsverfahren (Arrest-, Exmissions-

---

[1]) Vergl. über die Ordnung in den einzelnen Kantonen Gamser, a. a. O., S. 70 ff und 93 ff.

[2]) Gebührenfrei ist laut Tarif 57 auch das gesamte Beschwerdeverfahren.



oder Nachlassverfahren) gemacht werden.[3]) Ihnen sind aber auch solche Schriftstücke gleichzustellen, deren Errichtung zwar im Gesetze nicht ausdrücklich vorgesehen, aber durch die äussern Verumständungen des Verfahrens erfordert wird (Korrespondenzen etc.). Fraglich ist, wie weit die Stempelfreiheit in den mit der Schuldbetreibung zusammenhängenden gerichtlichen Verfahren reicht. Ohne weiteres wird sie angenommen werden können hinsichtlich aller einseitigen Verfügungen der Gerichte (vergl. § 10, II, Ziff. 4 hievor); denn diese bilden eben nichts anderes als direkte Funktionen des Vollstreckungsverfahrens selbst. Ebenso sind hieher zu rechnen die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten (vergl. § 10, II, Ziff. 2 hievor), da auch sie ohne das Vollstreckungsverfahren gar nicht denkbar wären und lediglich seinen Zwecken dienen.[4]) Anders dagegen verhält es sich mit den materiellrechtlichen Streitigkeiten (vergl. § 10, II, Ziff. 1 hievor) und den betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht (vergl. § 10, II, Ziff. 3 hievor). Hier überragt das prozessuale Element das betreibungsrechtliche, oder ist ihm doch mindestens ebenbürtig. Deshalb kann hier nicht von im Betreibungs- und Konkursverfahren errichteten Schriftstücken gesprochen werden.[5])

Dem Stempel werden aber vom Gesetzgeber die übrigen Verkehrssteuern, wie Handänderungs- und Einregistrierungsgebühren, nicht gleichgestellt. Die Kantone

---

[3]) Vergl. die Aufzählung bei Jaeger, Art. 16, N. 2. Die Praxis des Bundesrates ging noch weiter und stellte den im Schuldbetreibungsverfahren errichteten auch die in demselben verwendeten Schriftstücke, namentlich die im Verfahren als Beweismittel gebrauchten Urkunden, gleich, und zwar auch dann, wenn sie nach kant. Recht infolge bestimmter Vorgänge, z. B. Beglaubigung. der Stempelung bedurften (A II, 16). Diese Auffassung wird auch von Jaeger gebilligt (Art. 16, N. 3); sie geht aber jedenfalls über den in B 16, Al. 2 ganz bestimmt gezogenen Rahmen hinaus

[4]) Gl. M. Jaeger, Art. 16, N. 3, welcher sie Inzidente des Betreibungs- und Konkursverfahrens nennt.

[5]) Ebenso Jaeger, Art. 16, N. 3.

sind deshalb befugt, dieselben zu erheben, auch wenn die Rechtsgeschäfte, welche ihnen zur Grundlage dienen, im Anschlusse an das Schuldbetreibungsverfahren und zur Erreichung seiner Zwecke vorgenommen werden (Steigerungskäufe, freihändige Veräusserungen).[6])

3. Die Parteikosten sind diejenigen Auslagen, welche einer Partei — in den meisten Fällen wird lediglich der Gläubiger in Betracht kommen — durch die Vornahme ihrer betreibungsrechtlichen Schritte erwachsen. Die Parteikosten werden im eigentlichen Schuldbetreibungsverfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt, d. h. sie müssen immer von derjenigen Partei getragen werden, der sie erwachsen sind. Das gilt namentlich von den Gebühren und Honoraren, welche der Gläubiger dem von ihm in Anspruch genommenen Vertreter im Betreibungsverfahren zu bezahlen hat. Sie dürfen dem Schuldner nicht angerechnet werden (B 27, Al. 2; vergl. § 15, II, Ziff. 4 hienach).

Dagegen gelten in den mit der Schuldbetreibung zusammenhängenden Prozessverfahren bezüglich der Tragung der Parteikosten regelmässig die Vorschriften der kantonalen Prozessgesetze. Eine Ausnahme hievon ist zu machen hinsichtlich der einseitigen Verfügungen der Gerichte (vergl. § 10, II, Ziff. 4 hievor), wo von eigentlichen Parteikosten überhaupt nicht die Rede sein kann. Ferner aber sieht Tarif 58 ausdrücklich vor, dass in Streitfällen über Rechtsöffnung, Bewilligung des Rechtsvorschlages, Konkurseröffnung oder Nachlassvertrag der Richter einer in ihrem Rechte «erfundenen» (sic!) Partei auf deren Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine billige Entschädigung zusprechen kann, deren Höhe im Hauptentscheid festzusetzen ist.[7])

---

[6]) Ebenso Reichel, Art. 16, N. 2. Unklar sind in dieser Beziehung die Ausführungen des bundesrätl. Entscheides in A II, 16

[7]) Die gesetzmässige Kompetenz des Bundesrates zum Erlass dieser Vorschrift bezweifelt Reichel, Seite 479. Über einen Fall der Kostenwettschlagung im Rechtsöffnungsverfahren vergl. A VIII,44.

II. Das Prinzip der Kostentragung.

Der allgemeine Grundsatz über die Tragung der Betreibungskosten — also unter Ausschluss der Parteikosten (vergl. oben I, Ziff. 3) — wird in B 68 formuliert, wie folgt: «Der Schuldner trägt die Betreibungskosten. Dieselben sind vom Gläubiger vorzuschiessen.»

1. Die Kostenvorschusspflicht des Gläubigers besteht für die Einleitung des Betreibungsverfahrens, die Betreibung auf Pfändung und diejenige auf Pfandverwertung.[8]) Speziell wird vorgesehen die Vorschusspflicht des Gläubigers hinsichtlich der Kosten der Aufbewahrung und des Unterhaltes gepfändeter Vermögensstücke (vergl. B 105). Betreffend das Konkursverfahren sieht B 169 einen Vorschuss nur für die bis zur ersten Gläubigerversammlung entstehenden Kosten vor, für welche der das Konkursbegehren stellende Gläubiger haftet. Die Leistung eines solchen Vorschusses ist übrigens nicht schlechtweg obligatorisch, sondern es steht im Ermessen des Konkursgerichts, ob es ihn vom Gläubiger verlangen will oder nicht (B 69, Al. 2). Eine Sicherheitsleistung für die Kosten des gesamten Konkursverfahrens wird nur für den Fall verlangt, dass keinerlei in die Masse gehörendes Vermögen vorgefunden wird und dennoch ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens begehrt (B 230, Al. 2). Ueberhaupt kein Kostenvorschuss kann der Natur der Sache nach vom Gläubiger dann verlangt werden, wenn der Konkurs auf eigenes Begehren des Schuldners eröffnet wird (B 191, 192), und ebenso bei der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft (B 193). Für richterliche Funktionen, deren Kostenwesen bundesrechtlich geregelt ist, hat diejenige Partei den Vorschuss zu leisten,

[8]) Verordnung Nr. 1 schreibt in Art. 6 vor: «Der Gläubiger hat mit dem Betreibungs- und dem Pfändungsbegehren den tarifmässigen Kostenvorschuss zu leisten. Einem Verwertungsbegehren braucht kein Kostenvorschuss beigelegt zu werden, sofern nicht die Erfolglosigkeit der Verwertung vorauszusehen ist.» Vergl. darüber auch BE XXX (1), 126; ebenso Jaeger, Art. 68, N. 2.

welche den Richter angerufen hat; im Falle einer Berufung diejenige Partei, welche die Berufung einlegt (Tarif 34, Al. 2).[9])

Ueberall da, wo die Kostenvorschusspflicht des Gläubigers besteht, haftet dem Amte für die ergangenen Kosten nur der Gläubiger und nicht etwa der Schuldner. Der letztere seinerseits schuldet die verursachten Gebühren gemäss B 68 nur dem Gläubiger, nicht dem Amte.[10]) Das Amt hat deshalb den Vorschuss auch im eigenen Interesse zu fordern.[11])

Die Nichtleistung des Kostenvorschusses berechtigt die angegangene Amtsstelle zur einstweiligen Unterlassung der verlangten Funktion (B 68, Al. 1).[12]) Im Konkurs wird für diesen Fall der Schluss des Konkursverfahrens vorgesehen, sofern kein zur Masse gehörendes Vermögen vorgefunden wird (B 230), und die Einleitung des summarischen Konkursverfahrens, sofern die vorgefundenen Vermögensstücke voraussichtlich zur Deckung der Kosten des ordentlichen Verfahrens nicht hinreichen (B 231).

2. Die Kostenpflicht des Schuldners (B 68, Al. 1) findet ihre rechtliche Begründung darin, dass die Betreibungskosten durch die unterlassene freiwillige Be-

---

[9]) Jedenfalls kann der vom Gläubiger geleistete Kostenvorschuss nicht in Anspruch genommen werden für amtliche Funktionen, die der Schuldner selbst in eigenem Interesse verlangt (B 73, 195; vergl. Tarif 5, 32).

[10]) Daher kann das Amt niemals den Schuldner für die Gebühren belangen, wenn es unterliess, sich Vorschuss geben zu lassen und ein Erlös nicht erzielt wird, sondern nur den Gläubiger; vergl. BE XXXII (1), 22; der letztere haftet ihm aber noch nachträglich BE XXVIII (1), 15.

[11]) Der Kostenvorschuss kann in beliebigen schweizerischen Postmarken eingesandt werden; die Ämter können diese Postmarken durch Vermittlung einer kantonalen Zentralstelle gegen Geld umtauschen (Verordnung Nr. 1, Art. 3, Al. 2 und 3; vergl. A VIII, 103).

[12]) Die Sistierung darf immer nur gerade die in Frage stehende Funktion betreffen; es darf nicht etwa das ganze bisherige Verfahren als nichtig erklärt werden; vergl. BE XXVII (1), 16; ebenso Jaeger, Art. 68, N. 4.

zahlung der Schuld verursacht werden. Hieraus folgt vor allem, dass, wenn die Betreibung rechtlich gehemmt und diese Hemmung nicht in gesetzlicher Weise gehoben wird, auch die Pflicht des Schuldners zur Tragung der Kosten wegfällt. Das nämliche ist aber auch der Fall hinsichtlich der Kosten, welche durch Verschulden des Gläubigers verursacht werden, z. B. durch verspätete Konkurseingabe, deren Kosten durch den Gläubiger zu tragen und nötigen Falles durch Vorschuss sicherzustellen sind (B 251, Al. 2). Ebenso werden die Steigerungskosten, sowie die Kosten der Verwaltung ersteigerter Gegenstände bis zum Eigentumsübergang regelmässig dem Ersteigerer auferlegt (B 135 Al. 2, 137, Al. 2, 156, 259). Im Prozessverfahren endlich trägt die unterliegende Partei die Kosten. Das Beschwerdeverfahren wird ausdrücklich als kostenfrei bezeichnet (Tarif 57); im Falle offenbarer Verletzung bestehender Vorschriften kann jedoch der fehlbare Beamte zur Vergütung der verursachten Kanzleikosten angehalten werden und ebenso der Beschwerdeführer im Falle missbräuchlicher oder trölerischer Beschwerdeführung (vergl. § 10, X hievor).

3. Was den Kostenbezug anbelangt, so schreibt das Gesetz vor, dass der Gläubiger berechtigt ist, von den Zahlungen des Schuldners die Betreibungskosten vorab zu erheben (B 68, Al. 2). Kann aber die Zahlung nur auf dem Wege der Vollstreckung erlangt werden, so werden die vom Gläubiger vorgeschossenen Kosten für das Verfahren bis zur Verwertung einfach zur Hauptschuld geschlagen und mit derselben gedeckt, während die Kosten der Verwertung und Verteilung, sowie sämtliche aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses erwachsenen Kosten aus dem Erlös vorweg bezahlt werden (B 144, 157, 262, Al. 1).[13]) Die gleiche privilegierte Stellung, wie die soeben genannten Kosten, nehmen die Auslagen ein, welche einem Gläubiger aus der von ihm übernommenen Ein-

---

[13]) Die Deckung der Verwertungs- und Verteilungskosten erfolgt demnach regelmässig auch vor der Befriedigung der Gläubiger, welche einer dem die Verwertung veranlassenden Gläubiger vorangehenden Pfändungsgruppe angehören (vergl. A VII, 20).



treibung eines gepfändeten oder zur Masse gehörenden Anspruches erwachsen, und ebenso die Arrestkosten. Sie werden aus dem Ergebnis des eingetriebenen Anspruches, bezw. dem Erlös der Arrestgegenstände vorab gedeckt (B 131, Al. 2, 260, Al. 2. 281, Al. 2).

III. Die Regelung des Kostenwesens im einzelnen.

Dieselbe geschieht durch den bundesrätlichen Gebührentarif vom 1. Mai 1891, teilweise abgeändert durch den Bundesratsbeschluss vom 12. März 1901. Nicht geregelt werden darin die Kosten für die mit der Schuldbetreibung zusammenhängenden gerichtlichen Verfahren mit Ausnahme des Konkurserkenntnisses auf Grund vorausgegangener Betreibung, des Konkurswiderrufes, sowie der Streitigkeiten betreffend Rechtsöffnung und Bewilligung des Rechtsvorschlages (Tarif 25—33).[14]) In allen andern Fällen gelten die kantonalen Gebührentarife (Tarif 26, Al. 2 und 34, Al. 2).

Der bundesrätliche Gebührentarif regelt:

a. die allgemeinen Bestimmungen über Auslagen und Gebührenberechnung, wie Frankatur-, Transport-, Reise- und Verwaltungsspesen, sowie Gebühren für allgemeine Funktionen, wie Auszüge, Bescheinigungen und Abschriften (Tarif 1—7);

b. die Gebühren des Betreibungsamtes, welche sich teilweise als Wertgebühren, teilweise als fixe Gebühren charakterisieren (Tarif 8—14);

c. die Gebühren des Richteramtes in Betreibungs- und Konkurssachen, die oben aufgezählten Funktionen betreffend (Tarif 25—34);

d. die Gebühren im Arrest- und Mietexekutionsverfahren (Tarif 35—39);

e. die Gebühren im Konkursverfahren (Tarif 40—50);

f. die Gebühren im Nachlassverfahren (Tarif 51—56).

[14]) Die Kompetenz zu dieser letztern Regelung bestreitet dem Bundesrat Reichel, S. 477; vergl. A IV, 100.



IV. Die Kostenbestimmung.

Der Betrag der Betreibungskosten ist regelmässig durch diejenige Behörde festzusetzen, welche die einschlagenden Funktionen vornimmt, wie sie denn auch die Höhe der zu leistenden Vorschüsse bestimmt, soweit dieselbe — die Gebühren betreffend — nicht schon aus dem Tarif hervorgeht. Ist der Leistungspflichtige mit dieser Festsetzung nicht einverstanden, so kann er dagegen Beschwerde gemäss B 17 ff führen, sofern die betreffende Behörde überhaupt der Beschwerde unterliegt, d. h. sofern es sich um ein Betreibungs- oder Konkursamt oder eine Konkursverwaltung handelt (vergl. § 9, II, Ziff. 1 litt. b. hievor).[15]) Handelt es sich aber um eine andere Behörde (Gericht, Arrestbehörde oder Nachlassbehörde), so sind nur allfällige, durch das kantonale Recht gegebene Rechtsmittel zulässig. Ob auch die oben genannten Funktionäre ihrerseits gegen eine auf Beschwerde hin durch eine untere Aufsichtsbehörde erlassene Verfügung in Kostenfragen an die obere kant. Aufsichtsbehörde rekurrieren können, erscheint zweifelhaft; [16]) jedenfalls ist, weil die Behördeorganisation in Frage steht, eine Weiterziehung an das Bundesgericht ausgeschlossen.[17])

Ueber die Auslagen und Gebühren hat die in Frage kommende Behörde Rechnung zu führen. Jede Partei kann von ihr gegen eine Gebühr von 20 Cts. eine detaillierte Kostenrechnung verlangen, worin die Tarifnummern der einzelnen Posten anzugeben sind (Verordnung Nr. 1, Art. 36—39).

---

[15]) Wenn der Leistungspflichtige der Schuldner ist, so kann er sich nicht etwa der Kostenzahlung durch Rechtsvorschlag widersetzen; vergl. A I, 26.

[16]) Für Bejahung Gamser, a. a. O., S. 155 f.

[17]) Ebenso A IV, 116; BE XXIV (1), 57 und Gamser, a. a. O., S. 173. Überhaupt nicht im Beschwerdeweg, sondern im Schadenersatzprozess nach B 5, ist die Frage zu behandeln, ob die aus einer ungesetzlichen Amtshandlung entstandenen Kosten dem fehlbaren Beamten aufzuerlegen sind; vergl. A VIII, 10, X, 102, dazu auch Tarif 57.

II. Kapitel.
Objekt und Subjekt der Schuldbetreibung.

§ 14.
Das Objekt der Schuldbetreibung.

I. Begriff.

Objekt der Schuldbetreibung nennen wir diejenigen Forderungsansprüche, welche Veranlassung zur Durchführung der Schuldbetreibung geben, d. h. für welche einem bestimmten Schuldner gegenüber die Zwangsvollstreckung auf dem Wege der Schuldbetreibung verlangt werden kann. Das Charakteristische dieser Ansprüche liegt nicht darin, dass sie in einer auf dem Wege der Schuldbetreibung durchgeführten Zwangsvollstreckung überhaupt Berücksichtigung finden können; denn im Konkurse, welcher ebenfalls eine Zwangsvollstreckungsart der Schuldbetreibung darstellt, können alle vermögensrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner — welches auch ihre rechtliche Natur sei — geltend gemacht werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Inhaber eines Anspruches gestützt auf denselben, seinerseits die Anhebung und Durchführung der Schuldbetreibung anbegehren kann (vergl. § 1, I hievor).

Auf dem Wege der Schuldbetreibung werden die Zwangsvollstreckungen durchgeführt, welche auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind (B 38 Al. 1). Das Objekt der Schuldbetreibung wird demnach regelmässig gebildet durch Ansprüche auf Geldzahlung oder auf Sicherheitsleistung.

1. Anspruch auf Geldzahlung im Sinne des Gesetzes ist jede zahlenmässig bestimmte Geldforderung, ohne Rücksicht auf ihren Ursprung und ihre rechtliche Natur, mit Ausnahme der im Gesetze selber von der Schuldbetreibung ausgeschlossenen Fälle (vergl. unten II). Es

fallen demnach darunter sowohl öffentlichrechtliche, als auch privatrechtliche, versicherte, wie unversicherte, gerichtlich festgestellte, wie bestrittene Forderungen.[1]) Den Gegensatz zum Anspruch auf Geldzahlung bildet der Anspruch auf Realleistung, d. h. auf Leistung einer nicht in Geld bestehenden Sache, eines Tuns oder einer Unterlassung. Für derartige Ansprüche kann die Schuldbetreibung nicht angehoben werden. Dagegen kann der Berechtigte ihren Wert in Geld umrechnen, worauf dann der Anhebung der Schuldbetreibung nichts im Wege steht.[2]) Die Realvollstreckung selber kann nur nach Massgabe des kantonalen Rechtes (Zivilprozess) erfolgen. Dasselbe kann aber seinerseits unter gewissen Voraussetzungen eine Umwandlung der Pflicht auf Realleistung in eine solche auf Schadenersatz vorsehen, wofür dann wiederum die Schuldbetreibung anbegehrt und durchgeführt werden kann.[3])

Die als Objekt der Schuldbetreibung in Betracht kommenden Geldforderungen lassen sich einteilen, wie folgt:

a. Privatrechtliche (unversicherte) Kurrentforderungen;

b. privatrechtliche pfandversicherte Forderungen.

In Bezug auf sie stellt B 37 folgende Terminologie auf: «Der Ausdruck «Grundpfand» («grundversichert») im Sinne dieses Gesetzes umfasst die Hypothek, die Gült, die Grundlast und jedes Vorzugsrecht auf bestimmte Liegenschaften, sowie das Pfandrecht an Zubehörden einer Liegen-

---

[1]) Die Schuldbetreibung ist eben nicht identisch mit der zivilprozessualen Vollstreckung von Urteilen (vergl. § 1, II hievor).

[2]) Die nationalrätliche Kommission hat angenommen, es könne in einem solchen Falle dem Zahlungsbefehl die Bemerkung beigefügt werden, er falle bei entsprechender Realleistung seitens des Schuldners dahin (Kommissionsprotokoll, BBl. 1887, II, S. 295; vergl. auch Jaeger, Art. 38, N. 2). Eine analoge Umrechnung in Geld wird im Konkursfalle vorgenommen (B 211).

[3]) Vergl. Reichel, Art. 38, N. 1; ferner Friedmann: Der Anspruch auf Realerfüllung im schweizerischen Recht, ZschwR NF, XIX, S. 49 ff; Fick: Zur Frage der Realexekution von Obligationen, welche in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen SchwJZ III, S. 181 ff.

schaft (OR 211, Abs. 1 und 3). Der Ausdruck «Faustpfand» begreift auch das Pfandrecht an Forderungen, die Viehverpfändung durch Eintragung in öffentliche Bücher (OR 210, Abs. 3) und das Retentionsrecht. Der Ausdruck «Pfand» umfasst sowohl das Grundpfand, als das Faustpfand.»[4]) In seiner neuen — durch ZGBE 60 festgestellten — Fassung schreibt B 37 vor: «Der Ausdruck «Grundpfand» im Sinne dieses Gesetzes umfasst: Die Grundpfandverschreibung, den Schuldbrief, die Gült, die Grundpfandrechte des bisherigen Rechtes, die Grundlast und jedes Vorzugsrecht auf bestimmte Liegenschaften, sowie das Pfandrecht an der Zugehör einer Liegenschaft. Der Ausdruck «Faustpfand» begreift auch die Viehverpfändung, das Retentionsrecht und das Pfandrecht an Forderungen und andern Rechten. Der Ausdruck «Pfand» umfasst sowohl das Grundpfand als das Fahrnispfand.» Zu den pfandversicherten Forderungen sind demnach zu zählen alle Grundpfandforderungen, ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Begründung und ihren Zweck[5]), alle durch Faustpfand, inklusive Viehverpfändung, versicherten Forderungen und endlich alle Forderungen, für welche ein Retentionsrecht besteht.[6])

c. Unversicherte öffentlichrechtliche Forderungen;

d. pfandversicherte öffentlichrechtliche Forderungen.

2. Anspruch auf Sicherheitsleistung im Sinne des Gesetzes ist jeder Anspruch auf Sicherstellung für eine bestehende oder zukünftige Forderung, welcher sich — wenigstens seiner obern Wertgrenze nach — zahlenmässig ausdrücken lässt. Der Grund der Sicherheitsleistung kann in einer (öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen) Gesetzesvorschrift eidgenössischer oder kantonaler Herkunft

---

[4]) Vergl. Jaeger, Art. 37; Reichel, Art. 37; Huber: System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, Bd. III, S. 428 ff; Rossel: Manuel du droit fédéral des obligations, 2[me] édit., p. 308 ss.

[5]) Es gehört deshalb hieher auch die Sicherungshypothek; vergl. BE XXIX (1), 119.

[6]) Vergl. BE XXVIII (1), 16, XXIX (1), 13, XXXII (1), 53.

oder aber in einem Vertrage beruhen. Beispiele öffentlich-rechtlicher Sicherstellungsansprüche nach Gesetz bilden die Amts- und Berufskautionen[7]; aus dem Zivilrecht sind beispielsweise zu nennen Art. 511, 744—746, 748 OR.

Die Schuldbetreibung auf Sicherheitsleistung unterscheidet sich von derjenigen auf Geldzahlung dadurch, dass ihr Ziel nicht eine direkte Befriedigung, sondern eine Sicherstellung des betreibenden Gläubigers ist. Der Schuldner kann die verlangte Sicherheit entweder in Geld oder auf andere Weise, z. B. durch Hinterlegung von Wertschriften oder Errichtung einer Sicherungshypothek (Schadlosbrief) an Immobilien leisten.[8] Weder eine geleistete Barsicherheit, noch auch die zur Sicherstellung dienenden Gegenstände dürfen dem Gläubiger herausgegeben werden. Dieselben sind vielmehr gemäss B 9 zu deponieren, wobei die Hinterlegungskosten, sofern darüber weder gesetzlich, noch vertraglich etwas bestimmt ist, vom Schuldner zu tragen sind. Muss die Betreibung durchgeführt werden, so tritt der erzielte Erlös an Stelle der Sicherheitsleistung und wird deponiert.[9] Macht der Schuldner eine nicht in Geld bestehende Sicherheitsleistung, so ist es Sache des Gläubigers, ob er dieselbe als genügend anerkennen will oder nicht. Bestreitet er ihre Hinlänglichkeit, so kann er Fortsetzung der Betreibung verlangen, und es ist dann am Schuldner, die Entscheidung des Richters über diese Frage im Verfahren gemäss B 85 anzurufen. Die Vollziehungsbehörden haben darüber nicht zu entscheiden.[10]

---

[7]) Hier wird allerdings regelmässig eine Betreibung nicht nötig werden, da das Gesetz die Kautionsleistung meistens als Bedingung der gültigen Wahl oder Patentierung bezeichnet und die letztere bei Nichtleistung rückgängig werden lässt; vergl. Bern: Dekret vom 18. Mai 1892 über die Amts- und Berufskautionen, § 16.

[8]) Zweifelhaft erscheint es, ob auch durch Personalbürgschaft, sofern dies nicht gesetzlich oder vertraglich vorgesehen ist.

[9]) Vergl. Jaeger, Art. 38, N. 3; Reichel, Art. 38, N. 3; Monatsblatt f. bern. Rechtssprechung XIII, S. 411.

[10]) So auch A IX, 112; vergl. auch Jaeger, Art. 38, N. 3, und Reichel, Art. 38, N. 2. Eine andere Auffassung wurde vertreten bei Weber und Brüstlein, Einleitung S. XI.

II. Ausnahmen vom Prinzip.

Trotz der bestimmten Fassung in B 38, Al. 1 sind nicht alle Ansprüche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung geeignet, Objekt der Schuldbetreibung zu sein, d. h. den Gläubiger zu deren Anhebung zu ermächtigen. Der Gesetzgeber sieht vielmehr verschiedene Ausnahmen vom Prinzip vor, und zwar werden dieselben gemacht entweder mit Rücksicht auf die Person des Schuldners, bezw. die Art der Forderung, oder aber auf die Beschaffenheit des Gegenstandes, welcher von der Zwangsvollstreckung ergriffen wird.

1. Ausnahmen mit Rücksicht auf die Person des Schuldners, bezw. die Art der Forderung statuiert B 30, wo bestimmt wird: «Das gegenwärtige Gesetz findet nicht Anwendung auf:
1. Die Zwangsliquidation der Eisenbahnen;
2. die Zwangsliquidation der Emissionsbanken;
3. die Zwangsvollstreckung gegen Kantone, Bezirke und Gemeinden,

soweit hierüber besondere eidgenössische oder kantonale Vorschriften bestehen.»[11])

a. Die Zwangsliquidation der Eisenbahnen wird geregelt durch das Bundesgesetz vom 24. Juni 1874 über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweiz. Eidgenossenschaft.[12]) Das im Gesetz (Art. 12) vorgesehene besondere Liquidationsverfahren findet in erster Linie dann statt, wenn ein Obligationsgläubiger der Eisenbahngesellschaft — sei seine Forderung pfandversichert

---

[11]) Kontrovers ist die Frage, ob der Nachsatz in B 30 «soweit darüber eidgenössische oder kantonale Vorschriften bestehen» nur auf Ziffer 3 Bezug habe, oder auch auf Ziffer 1 und 2. Für die letztere, richtige, Ansicht Reichel, Art. 30, N. 4 und Vollenweider: Die Zwangsliquidation der Eisenbahnen, Diss. Zürich, 1901, S. 1 ff.

[12]) Vergl. darüber: Vollenweider, a. a. O.; Meili: Das Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen, Leipzig, 1879; Bärlocher: Das Bundesgesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen, Zeitschr. f. schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege, Bd. III, S. 13 ff.

oder nicht — die Liquidation verlangt (Art. 14, 16)[13]). Daneben aber bestimmt Art. 19 des Gesetzes: «Das Bundesgericht ordnet die Liquidation einer Eisenbahngesellschaft auch dann an, wenn sie selbst ihre Insolvenz erklärt, oder für eine andere Schuldverbindlichkeit nach dem gewöhnlichen Verfahren bis zur Pfändung, wodurch jedoch der Gläubiger keinerlei Privilegien erwerben kann, oder bis zum Konkurs betrieben ist, und der betreffende Gläubiger die Liquidation verlangt». Aus dieser — nicht sehr klaren — Vorschrift ergibt sich, dass, abgesehen von Obligationsforderungen, gegenüber Eisenbahngesellschaften die Schuldbetreibung zulässig ist. Artet diese aber in Konkurs aus oder wird nach erfolgter Pfändung die Liquidation verlangt, so kann dieselbe nur in dem durch das Bundesgesetz vorgesehenen Spezialverfahren durchgeführt werden.[14]) Auf die schweizer. Bundesbahnen oder eine einem Kanton gehörende Eisenbahn ist das Spezialverfahren nicht anwendbar, da Art. 48 des Gesetzes ausdrücklich «Staatsbahnen» von seinem Geltungsbereich ausschliesst, soweit dies die Zwangsliquidation betrifft.

b. Die Zwangsliquidation der Emissionsbanken wird geregelt durch das Bundesgesetz vom 8. März 1881 über die Ausgabe und Einlösung von Banknoten.[15]) Hier ist ein besonderes Liquidationsverfahren nur für den Fall vorgesehen, dass eine Emissionsbank der Pflicht zur Einlösung ihrer Noten nicht rechtzeitig nachkommt (Art. 26 ff des Gesetzes). In allen andern Fällen findet die Zwangsvollstreckung auch gegen Emissionsbanken auf dem Wege der Schuldbetreibung statt.[16])

---

[13]) Für eine derartige Forderung darf kein Zahlungsbefehl gemäss B 38 erlassen werden und ebenso keine Konkursandrohung. Wurden sie erlassen, so sind sie von Amtes wegen aufzuheben; vergl. A IV, 35 und Vollenweider, a. a. O., S. 85.

[14]) Ebenso Jaeger, Art. 30, N. 1; Vollenweider, a. a. O., S. 85.

[15]) Vergl. Vollenweider, a. a. O., S. 8 ff; Bärlocher: Das Verfahren gegen schweiz. Emissionsbanken bei Nichteinlösung der Noten, ZschwR, NF, II, S. 185 ff. Das Bundesgesetz vom 6. Okt. 1905 über die schweiz. Nationalbank ändert an den Liquidationsbestimmungen nichts (vergl. Art. 88).

[16]) So auch Jaeger, Art. 30, N. 2.

c. Die Zwangsvollstreckung gegen Kantone, Bezirke und Gemeinden[17]) ist nicht eidgenössisch geregelt. Dagegen besitzen mehrere Kantone Spezialbestimmungen, welche sich aber lediglich auf die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden beziehen.[18]) Soweit dieselben nicht Platz greifen, findet die Schuldbetreibung Anwendung. Gegenüber den gemäss ZGB 349 gegründeten Heimstätten ist die betreibungsrechtliche Zwangsvollstreckung durch ein besonderes Liquidationsverfahren (Zwangsverwaltung) ersetzt (ZGB 354, 356).

2. Ausnahmen mit Rücksicht auf den zur Zwangsvollstreckung dienenden Gegenstand kommen vor:

a. Für die Verwertung von Gegenständen, welche auf Grund strafrechtlicher oder fiskalischer Gesetze mit Beschlag belegt sind. Dieselbe geschieht nach den zutreffenden eidgenössischen oder kantonalen Gesetzesbestimmungen (B 44).[19]) Diese Verwertung findet regelmässig statt zur Deckung verwirkter Bussen und staatlicher Kosten. Ein Vorgehen im Wege der Schuldbetreibung ist schlechtweg ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn das kantonale Recht über diese Verwertung keinerlei Vorschriften besitzt.[20])

[17]) Ein Vorbehalt besonderer Regelung der Zwangsvollstreckung gegen den Bund ist nirgends gemacht.

[18]) Vergl. Zürich EG 118 ff; Luzern EG 25; Uri EG 64 ff; Freiburg EG 35; Tessin EG 31; Waadt EG 68; Aargau regierungsrätliches Kreisschreiben vom 5. Aug. 1892 (verfügt Beibehaltung der einschlägigen Bestimmungen des frühern Betreibungsgesetzes): die zit. Vorschriften sind abgedruckt bei Brand und Wasem, S. 449 ff; vergl. auch Vollenweider, a. a. O., S. 14 ff und Meili: Rechtsgutachten und Gesetzesvorschlag betr. die Schuldexekution und den Konkurs gegen Gemeinden, Bern 1885; Jaeger, Art. 30, N. 3.

[19]) Hieher gehört das Bundesgesetz vom 30. Juni 1849 betr. das Verfahren bei Übertretung fiskalischer oder polizeilicher Bundesgesetze; ferner die einschlagenden Bestimmungen der kant. Strafprozessordnungen; vergl. Jaeger, Art. 44, N. 2 und 3.

[20]) Ebenso Jaeger, Art. 44, N. 7 und BE XXXII (1). 77. Auch die Beschlagnahmung der betr. Gegenstände kann nicht gemäss B erfolgen; vergl. BE XXVIII (1), 50, 55.

b. Die Kantone können vorläufig noch Vorschriften über die Betreibung für Forderungen der Pfandleihanstalten aufstellen (B 45, bisherige Fassung). Dieselben regeln die Zwangsvollstreckung der durch Versatzpfand gedeckten Forderungen der genannten Anstalten. Wo das kantonale Recht derartige Bestimmungen nicht enthält, ist aber auch hinsichtlich solcher Forderungen auf dem Wege der Schuldbetreibung vorzugehen.[21]).

Das ZGB wird nun aber auch diese Art der Exekution einheitlich regeln, und es werden deshalb in der neuen Fassung von B 45 (ZGBE 60) für die Geltendmachung von Forderungen der Pfandleihanstalten einfach seine einschlägigen Bestimmungen vorbehalten. ZGB 910 schreibt darüber vor: «Ist das Pfand auf den vereinbarten Termin nicht ausgelöst worden, so kann die Anstalt nach vorgängiger öffentlicher Aufforderung zur Einlösung den Pfandgegenstand amtlich verkaufen lassen. Eine persönliche Forderung kann die Anstalt nicht geltend machen.» Die Rechte des Verpfänders werden dabei durch ZGB 911 in der Weise geschützt, dass darin vorgesehen wird: «Ergibt sich aus dem Kauferlös ein Ueberschuss über die Pfandsumme, so hat der Berechtigte Anspruch auf dessen Herausgabe. Mehrere Forderungen gegen denselben Schuldner dürfen bei der Berechnung des Ueberschusses als Ganzes behandelt werden. Der Anspruch auf den Ueberschuss verjährt in fünf Jahren nach dem Verkauf der Sache».

ZGB 915 schreibt übrigens im fernern noch vor: «Die Kantone können zur Ordnung des Pfandleihgewerbes weitere Vorschriften aufstellen. Diese Vorschriften bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesrates». Nach dieser Bestimmung wird es also auch Sache des kantonalen Rechtes sein, die Art und Weise, sowie das Verfahren des in ZGB 910 vorgesehenen amtlichen Verkaufes zu regeln.

---

[21]) Solche Spezialbestimmungen werden vorgesehen in Zürich EG 65, Bern EG 73, Baselstadt EG 16, Appenzell A. Rh. EG 53, St. Gallen EG 44 ff, Waadt EG 39 ff, Genf EG 51. Die Ausführung erfolgt meistens durch Spezialerlasse.



III. Die Bedeutung des Objektes.

Das Objekt ist für die Schuldbetreibung nach zwei Richtungen hin von Bedeutung.

1. Im allgemeinen zeigt sich diese darin, dass die Natur des Objektes, d. h. des in Frage stehenden Gläubigeranspruches, massgebend ist für die Anwendung der Schuldbetreibung, und zwar:

a. in negativer Beziehung, indem die Schuldbetreibung nur in Bezug auf solche Ansprüche Anhebung finden darf, welche in B 38 als ihr Objekt genannt werden. Für andere Ansprüche kann sie nicht erfolgen, und zwar auch dann nicht, wenn in der eidgenössischen oder kantonalen Gesetzgebung keine andere Zwangsvollstreckungsart dafür vorgesehen ist.[22])

b. In positiver Beziehung ist die Schuldbetreibung die einzige und obligatorische Zwangsvollstreckungsart für alle Ansprüche, welche gemäss B 38 als ihr Objekt in Betracht kommen, sofern nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme macht. In allen diesen Fällen ist namentlich auch irgend ein kantonalrechtliches Vollstreckungsverfahren nicht anwendbar.[23])

2. Für die Wahl des einzuschlagenden Verfahrens ist die Art des Objektes zwar nicht schlechtweg und allein ausschlaggebend; sie übt aber in einzelnen Fällen tatsächlich einen bestimmenden Einfluss darauf aus.

a. Für pfandversicherte Forderungen (vergl. oben I, Ziff. 1, lit. b und d) wird die Betreibung auch gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner durch Verwertung des Pfandes fortgesetzt (B 41, Al. 1). Dies

---

[22]) In diesem Sinne auch Reichel, Art. 38, N. 1.

[23]) Ebenso Jaeger, Art. 38, N. 1. Dies gilt namentlich auch für die öffentlichrechtlichen Forderungen von Staat und Gemeinde, wie Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen etc. (B 42); vergl. BE XXII, 105, XXIII, 64, sowie unten Ziff. 2, lit. b. Dagegen steht die oben aufgestellte Regel einer vertraglichen Abmachung zwischen Schuldner und Gläubiger nicht im Wege, wodurch letzterer berechtigt wird, im Falle der Nichtbezahlung der Schuld das ihm gegebene Pfand auf privatem Wege zu verwerten und sich daraus zu decken; vergl. BE XXIV (2), 57.

schliesst nicht nur ein Recht des Gläubigers in sich, Betreibung auf Pfandverwertung zu verlangen, sondern auch dasjenige des Schuldners, sich jeder anderen Betreibungsart durch Beschwerde — nicht etwa durch Rechtsvorschlag — zu widersetzen, sofern der Gläubiger das ihm zustehende Pfandrecht nicht vor der Betreibung preisgibt.[24]) Anderseits aber geht der Gläubiger durch Anhebung der Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eines ihm zustehenden Pfandrechtes nicht verlustig.[25])

Von der eben angeführten Regel in B 41, Al. 1 gibt es zwei Ausnahmen:

aa. Für Forderungen, welche sich auf einen Wechsel oder einen Check stützen, kann, auch wenn sie pfandversichert sind, die Wechselbetreibung verlangt werden (B 41, Al. 1, 177, Al. 1).

bb. Für grundpfändlich gesicherte Zinse und Annuitäten kann nach der Wahl des Gläubigers entweder die Pfandverwertung, oder, je nach der Person des Schuldners, die Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs stattfinden (B 41, Al 2).[26])

In den sub lit. aa und bb genannten Fällen steht dem Schuldner keinerlei Einfluss auf die Wahl des einzuschlagenden Betreibungsverfahrens zu.

---

[24]) Vergl. BE XXX (1), 30. Ein Einschreiten von Amtes wegen findet jedoch keinesfalls statt, da eben der Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend (durch Unterlassung der Beschwerde) auf sein Recht aus B 41 verzichten kann. Wenn deshalb der Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig Beschwerde erhebt, so wird, trotz Vorhandenseins eines Pfandes, die Betreibung in der eingeschlagenen Art fortgesetzt; so auch BE XXIV (1), 26, XXVII (1), 106, sowie die dort zit. frühere Judikatur. Der Beschwerde führende Schuldner muss das Bestehen eines Pfandrechtes beweisen; vergl. BE XXIII, 267.

[25]) Vergl. BE XXIV (1), 64. Wenn deshalb für eine pfandversicherte Forderung auf Pfändung betrieben und dabei der Pfandgegenstand selbst gepfändet wurde, so lässt die Praxis die Verwertung als Pfandverwertung behandeln (A II, 65).

[26]) Dabei steht nichts im Wege, dass für den Gläubiger welcher den Weg der Pfändung gewählt hat, das Grundpfand selbst, gepfändet wird; vergl. BE XXXII (1), 61.

b. Die Betreibung für **Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Rechte begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder Beamte** erfolgt, auch gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, auf dem Wege der Pfändung oder der Pfandverwertung (B 44).[27]) Aus diesem Satze ergeben sich zwei Schlussfolgerungen:

aa. Für die genannten öffentlichrechtlichen Forderungen findet, gleichgültig wer der Gläubiger ist, sofern sie auf Geldzahlung gehen, als einzige Art der Zwangsvollstreckung die Schuldbetreibung, unter Ausschluss aller kantonalrechtlichen Verfahren, Anwendung. Eine Privilegierung dieser Ansprüche findet nur in der Hinsicht statt, dass durch B 80 den Kantonen gestattet wird, die über öffentlichrechtliche Verpflichtungen (Steuern etc.) ergangenen Beschlüsse und Entscheide der Verwaltungsorgane den vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen gleichzustellen, wodurch sie, innerhalb der Kantonsgrenzen, zur definitiven Rechtsöffnung berechtigen (vergl. § 26 hienach). Ferner aber lässt die Praxis eine Betreibung des ausserhalb des steuerberechtigten Kantons wohnenden Steuerpflichtigen im letztgenannten Kanton zu, sofern er in demselben Vermögen besitzt (vergl. § 17, IV, Ziff. 5, lit. c hienach).[28])

bb. Das Verfahren der Fortsetzung einer Schuldbetreibung für öffentlichrechtliche Forderungen ist niemals Konkurs, sondern regelmässig **Pfändung**, und, sofern das kantonale Recht für die betr. Leistung ein gesetzliches Pfandrecht vorbehält, **Pfandverwertung**.

---

[27]) Ueber die in den Kantonen bestehenden Abgaben und Gebühren vergl. Schollenberger: Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechtes der schweiz. Kantone, 1899, Bd. III, S. 46 ff; Schanz: Die Steuern der Schweiz, 1890, 5 Bde.

[28]) Vergl. v. Salis: Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldansprüche, A V, 83; Kirchhofer: Soll die Rechtshilfe unter den Kantonen bundesrechtlich auf die Vollstreckung von Steueransprüchen ausgedehnt werden? Referat am 45. schweiz. Juristentag, ZschwR NF, XXVI, S. 531 ff.; dazu Korreferat von Carrard, ibidem S. 674 ff.

§ 15.
Das Subjekt der Schuldbetreibung.
I. Begriff und Arten.

Subjekt der Schuldbetreibung nennen wir diejenigen Personen, zwischen welchen sich das Schuldbetreibungsverfahren abspielt, welche demnach direkt daran beteiligt sind. Als solche kommen in Betracht einerseits der Gläubiger, d. h. diejenige Person, deren Forderung vollstreckt, zu deren Gunsten also das Schuldbetreibungsverfahren durchgeführt werden soll, und anderseits der Schuldner, gegen welchen sich dieses Verfahren richtet.

Es können allerdings durch das Verfahren auch die Interessen dritter Personen berührt werden, sei es, dass sie selbst für die zu vollstreckende Forderung eine ihnen gehörende Sache zum Pfand gesetzt haben (B 153, Al. 2), sei es, dass gegen ihren Willen ihnen zustehende Sachen oder Rechte in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden sollen (B 98, Al. 4, 104, 106—109, 139, 140, 242), oder endlich sei es, dass Rechtshandlungen, welche sie mit dem Schuldner getroffen haben, mit Rücksicht auf das Resultat einer vorausgegangenen Schuldbetreibung gegen den letztern angefochten werden (B 285 ff). Das Gesetz gibt allen diesen Dritten zwar Gelegenheit, ihre Rechte zu wahren, soweit dies notwendig ist. Sie können deshalb im Verfahren selbst unter Umständen eine aktive Rolle spielen. Gleichwohl aber treten sie zur Zwangsvollstreckung und ihrem Resultat in kein direktes Verhältnis und zählen deshalb auch nicht zu den Subjekten der Schuldbetreibung.

Der Gläubiger vertritt die aktive, der Schuldner die passive Seite der Schuldbetreibung. Ihre Beziehungen zu derselben drücken sich aus einerseits in der Legitimation zur Sache, anderseits in der Legitimation zum Verfahren.[1]) Die erstere beruht in einer persön-

[1]) Die beiden Arten der Legitimation finden sich in analoger Weise auch im Zivilprozess in der legitimatio ad causam einerseits und in der legitima persona standi in judicio anderseits; vergl. darüber Bayer: Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Zivilprozess, 10. Aufl. 1869, S. 65 ff.; Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., 1878, S. 91 ff und 155 ff.

lichen Beziehung zum Objekt der Schuldbetreibung, d. h. zu der zu vollstreckenden Forderung, die letztere dagegen besteht in der Fähigkeit, seine Interessen im Verfahren selbständig zu vertreten.

II. Der Gläubiger.

Das Gesetz regelt die Voraussetzungen in der Person des Gläubigers nirgends direkt; dieselben ergeben sich aber aus der Stellung, welche es ihm im Verfahren zuweist.

1. Die Legitimation zur Sache besteht hier in der materiellrechtlichen Gläubigerqualität. Dieselbe kann jedermann besitzen, welcher nach den Bestimmungen der Zivilgesetzgebung im Stande ist, Rechte zu haben. Die Fähigkeit zum Besitze der Gläubigerqualität ist demnach gleichbedeutend mit der Rechtsfähigkeit schlechtweg und kommt allen physischen uud allen juristischen Personen des eidgenössischen und kantonalen Rechtes und endlich den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zu (ZGB 11, 53; OR 559 und 597).[2])

Gläubiger in einem bestimmten Schuldbetreibungsfalle ist derjenige, welcher gegenüber dem betreffenden Schuldner eine Forderung betreibungsrechtlich geltend macht, sei es aus eigenem Titel, sei es als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers (vergl. unten Ziff. 3). Ein Nachweis des materiellrechtlichen Bestandes der Forderung ist zur Anhebung der Betreibung nicht erforderlich.

2. Die Legitimation zum Verfahren auf der Gläubigerseite ist die Fähigkeit, seine Gläubigerrechte im Schuldbetreibungsverfahren selbständig geltend zu machen. Dieselbe kommt jeder handlungsfähigen Person und nur ihr zu, da sie die Fähigkeit voraussetzt, durch eigene

---

[2]) Will der Schuldner die rechtliche Existenz einer ihn betreibenden Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder sonstigen Personenverbindung bestreiten, so muss er dies durch Rechtsvorschlag und nicht durch Beschwerde tun, denn mit der Rechtsfähigkeit spricht er jenem Subjekt auch die Gläubigerqualität und damit die Fähigkeit, eine Forderung auf dem Betreibungsweg geltend zu machen, ab (B 69, Ziff. 2); vergl. A IX, 46.

Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.[3]) Nichtphysische Personen und Gesellschaften müssen deshalb durch ihre gesetzlichen oder statutarischen Organe vertreten werden (vergl. unten III, Ziff. 2); physische Personen dagegen, welchen die Handlungsfähigkeit abgeht, durch ihre gesetzlichen oder geordneten Vertreter. Das Vorhandensein der Handlungsfähigkeit beurteilt sich gegenwärtig nach Massgabe des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1881 betr. die persönliche Handlungsfähigkeit, während die Person des Vertreters, bezw. seine Bestellung, durch das kantonale Vormundschaftsrecht normiert wird. Später wird aber auch hier das ZGB Platz greifen. Speziell die Fähigkeit der Ehefrau, selbständig eine Betreibung anzuheben, richtet sich nach ihrer Stellung im ehelichen Güterrecht.[4])

Eine durch den Handlungsunfähigen selbst, ohne Beistand seines gesetzlichen Vertreters anbegehrte Betreibung soll überhaupt nicht angehoben werden. Der Betreibungsbeamte hat das Recht und die Pflicht, ein derartiges Betreibungsbegehren zurückzuweisen, bezw. es als gar nicht erfolgt zu betrachten. Wurde aber die Betreibung dennoch eingeleitet, so kann sie als eine gesetzwidrige und überdies ihrem innern Wesen nach ungültige Amtshandlung sowohl vom Schuldner auf dem Beschwerdeweg angefochten, als auch durch die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen aufgehoben werden.[5])

Von der Regel, dass nur der Handlungsfähige zum Verfahren legitimiert sei, sind aber zwei Ausnahmen zu machen:

---

[3]) Vergl. ZGB 159 ff; A. VI, 3 und Jaeger, Art. 67, N. 5.

[4]) Und zwar ist dabei nicht das Recht des ersten, sondern dasjenige des gegenwärtigen ehelichen Wohnsitzes massgebend (Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter Art. 7 und 10); vergl. A VI, 3. Ueber den durch das ZGB geschaffenen Rechtsstand vergl. das unter III, Ziff. 2 Gesagte.

[5]) Eine solche Aufhebung kann also auch noch dann erfolgen, wenn die Beschwerdefrist unbenützt verstrichen ist; ebenso A VI, 3; vergl. Jaeger, Art. 67, N. 5.



a. Wird einer nicht handlungsfähigen Person durch ihren gesetzlichen Vertreter der selbständige Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ausdrücklich gestattet (OR 34, ZGB 412), so ist anzunehmen, dass sie die aus diesem Betriebe resultierenden Forderungen auch auf dem Betreibungswege vollstrecken kann.

b. Das Gleiche ist anzunehmen hinsichtlich der Ehefrau, welche mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung ihres Ehemannes einen Beruf oder ein Gewerbe selbständig betreibt (OR 35, ZGB 167).

3. Nicht geregelt wird im Gesetz die Frage einer Uebertragbarkeit der Legitimation auf den Rechtsnachfolger (Erben oder Zessionar) des Gläubigers. Dass die Legitimation zur Sache auf den Rechtsnachfolger übergeht, ergibt sich schon aus den zivilrechtlichen Bestimmungen betreffend die Uebertragbarkeit der Rechte und richtet sich nach ihnen. Aber auch die Uebertragung der Legitimation zum Verfahren auf den Rechtsnachfolger, d. h. der Eintritt desselben in ein durch seinen Rechtsvorfahr angehobenes Betreibungsverfahren behufs Fortsetzung desselben (analog der sog. reassumtio litis im Zivilprozess) wird durch das Gesetz nirgends ausgeschlossen und daher von der Praxis zugelassen. Diese geht dabei von der Anschauung aus, dass die in Bezug auf eine Forderung erwirkten betreibungsrechtlichen Massnahmen zu den Vorzugs- und Nebenrechten der ersteren gehören und daher mit ihr übergehen (vergl. OR 190 und 126). [6])

4. Die vertragliche Vertretung der Gläubiger wird im Gesetz implicite als zulässig erklärt (vergl. B 27, 67, Ziff. 1 und 70, Al. 2). Die Praxis geht aber noch einen Schritt weiter und lässt auch die Vertretung durch Geschäftsführung ohne Auftrag zu. [7]) Daraus muss gefolgert werden, dass zur Gültigkeit einer durch den vertraglichen Vertreter vorgenommenen Betreibungsvorkehr nicht ohne

---

[6]) BE XXII, 109. A XI, 47, 105.

[7]) Vergl. A III, 90 und redaktionelle Bemerkung zu A III, 89. Hinsichtlich der Beschwerdeführung vergl. oben § 9, VI, Ziff. 1.

weiteres die Vorlage einer Vollmacht erforderlich ist.[8]) Dieselbe kann aber vom Beamten jederzeit verlangt und von ihrer Beibringung die Fortsetzung des Verfahrens abhängig gemacht werden.[9]) Zu einem solchen Begehren ist allerdings die Behörde nicht von Amtes wegen verpflichtet;[10]) der Schuldner kann es aber verlangen.

Die gewerbsmässige Vertretung der Gläubiger kann durch die Kantone organisiert werden. Insbesondere können sie die Ausübung dieses Berufes von dem Nachweis persönlicher Tauglichkeit und Ehrenhaftigkeit und von einer Sicherheitsleistung abhängig machen und die Gebühren für die einschlägigen Verrichtungen festsetzen (B 27, Al. 1). Die kantonalen Vorschriften unterliegen der Genehmigung des Bundesrates (B 29).[11]) Die durch die kantonale Gesetzgebung autorisierten Personen besitzen aber kein ausschliessliches Monopol der Gläubigervertretung. Einmal nämlich darf kein Vertretungszwang eingeführt werden. Niemand kann verpflichtet werden, sich der Vermittlung eines berufsmässigen Vertreters zu bedienen (B 27, Al. 2). Ferner dürfen auswärtige, im Kanton nicht autorisierte Vertreter von den Betreibungsbehörden nicht zurückgewiesen werden.[12]) Endlich aber ist der Vertreter stets als

---

[8]) In diesem Sinn auch A VIII, 88.

[9]) Ebenso A I, 1, II, 31. A. M. scheint zu sein Jaeger, Art. 27, N. 3 und redaktionelle Bemerkung zu A III, 89. Die in einigen kantonalen Rechten vorgesehene Befugnis gewisser patentierter Berufsarten, ohne Vollmacht Prozesshandlungen vorzunehmen, ist hier nicht analog anwendbar.

[10]) Ebenso A III, 89.

[11]) Eine solche Organisation besteht in Uri EG 15, Obwalden EG 27 und 84, Freiburg EG 60 ff., Baselstadt EG 15, Baselland EG 9, Schaffhausen EG 41, Aargau EG 56; vorgesehen, aber nicht durchgeführt, ist sie in Appenzell A.-Rh. EG 53, Bern EG 73, Waadt EG 33; vergl. Brand und Wasem, S. 459 ff. Nicht auf B 27 stützt sich die in verschiedenen Kantonen bestehende gesetzliche Normierung des gewerbsmässigen Ankaufs von Forderungen behufs Eintreibung; vergl. A I, 6, V, 14.

[12]) Vergl. A I, 5, II, 60. Als Ort des Gewerbebetriebes ist eben nicht der Ort anzusehen, wo die Betreibungshandlungen vorgenommen, sondern derjenige, wo die Betreibungsaufträge entgegengenommen werden.

Parteivertreter und niemals als Vollstreckungsorgan anzusehen.[13])

Die Gebühren oder Honorare eines derartigen Vertreters dürfen dem Schuldner nicht angerechnet werden (B 27, Al. 2). Sie gehören nicht zu den Betreibungskosten (vergl. oben § 13, I).

III. Der Schuldner.

Ganz gleich wie bei der Person des Gläubigers ist auch hier zwischen der Legitimation zur Sache und derjenigen zum Verfahren zu unterscheiden.

1. Die Legitimation zur Sache, d. h. die Schuldnerqualität, kommt nur einem rechtsfähigen Subjekt zu (vergl. oben II, Ziff. 1). Eine Institution, welcher diese Qualität vom Gesetze nicht zuerkannt wird, kann nicht auf dem Schuldbetreibungswege belangt werden.[14]) Im ferneren aber kann die Schuldnerqualität im Sinne des Gesetzes in gewissen Fällen auch bestimmten juristischen Personen abgehen, sofern nämlich B auf sie nicht anwendbar erklärt wird (B 30; vergl. oben § 14 II, Ziff. 1). Dagegen steht es dem kantonalen Rechte nicht zu, gewissen Personen die Schuldnerqualität ganz oder teilweise abzusprechen. Dies gilt namentlich für die Ehefrau, auch wenn sie nach Vorschrift des kantonalen ehelichen Güterrechtes während des Bestandes der Ehe eigenes Vermögen nicht besitzen kann. Schreibt deshalb auch das kantonale Recht vor, dass die Ehefrau bis zum Eintritt der Gütertrennung nicht betrieben werden könne,[15]) so kann dies nach der richtigen Auslegung durch die bundesgerichtliche Praxis nur den Sinn haben,

---

[13]) Und zwar auch da, wo — wie z. B. in Baselstadt — einzig bestimmte Beamte (Amtmänner) zur Vertretung autorisiert sind; vergl. A II, 32. Gegen die gesetzliche Zulässigkeit einer solchen Monopolisierung mit Recht Reichel, Art. 27, N. 2.

[14]) Z. B. — unter dem gegenwärtigen Rechtszustand — ein Verein mit wirtschaftlichen Zwecken, der nicht etwa nach kantonalem Recht Persönlichkeit besitzt; vergl. BE XXVII (1), 15, XXVIII (1), 71.

[15]) So z. B. Bern EG 84. Baselstadt, Gesetz vom 10. März 1884, § 10; vergl. Solothurn Zivilgesetzbuch, § 87.

dass dadurch die Betreibung materiell aussichtslos ist, nicht aber, dass ihre Anhebung durch die Vollstreckungsbehörden abzulehnen ist. Dies namentlich deshalb, weil es gar nicht ihnen, sondern lediglich den Gerichten zukommt, darüber zu entscheiden, ob eine Ehefrau nach kantonalem Privatrecht für eine Forderung bestimmter Art belangbar ist oder nicht. [16]) Wenn demnach gegen eine derartige Betreibung kein Rechtsvorschlag erhoben wird, so ist dieselbe durchzuführen.

Eine direkte Ausnahme von dem Prinzip der schuldnerischen Legitimation zur Sache statuiert nun ZGB 173, Al. 1, wo vorgeschrieben wird: «Während der Ehe ist unter den Ehegatten die Zwangsvollstreckung bezüglich ihrer Ansprüche nur in den vom Gesetze bezeichneten Fällen zulässig». Als solche werden die nachfolgenden vorgesehen:

a. Wird gegen einen Ehegatten von dritter Seite die Schuldbetreibung angehoben, so ist der andere Ehegatte befugt, sich für seinen Anspruch der Pfändung anzuschliessen, oder sich am Konkurse zu beteiligen (ZGB 174; B 111, 219).

b. Kommen die Gläubiger des einen Ehegatten bei der Betreibung auf Pfändung zu Verlust, so werden dessen Ansprüche an den andern Ehegatten fällig und können gepfändet werden (ZGB 175, Al. 1).

c. Wird über einen Ehegatten der Konkurs eröffnet, so werden dessen Ansprüche an den andern Ehegatten zur Masse gezogen (ZGB 175, Al. 2).

d. Zur Durchführung der durch Gesetz oder Urteil angeordneten Gütertrennung ist die Zwangsvollstreckung ohne Beschränkung zulässig (ZGB 176, Al. 1).

e. Das Gleiche gilt für Beiträge, die dem einen Ehegatten gegenüber dem andern durch den Richter auferlegt worden sind (ZGB 176, Al. 2).

---

[16]) Vergl. BE XXII, 207, XXIII, 131, XXIV (1), 148, XXVI (1) 19; A VII, 6, mit redaktioneller Anmerkung; ferner Reichel, Fragen aus dem eidgen. Betreibungs- und Konkursgesetz im Anschluss an den Entwurf des bernischen EG, ZBJV XXVII, S. 14 ff, speziell S. 39 ff. Vergl. nun die spezielle Bestimmung für den Fall der Gütergemeinschaft in ZGB 222.

Der Betreibungsbeamte wird also nach Inkrafttreten des ZGB die Einleitung der von einem Ehegatten gegen den andern anbegehrten Betreibung von Amtes wegen abzulehnen haben, sofern ihm nicht nachgewiesen wird, oder es sich aus der Natur der Sache ergibt, dass eine der in ZGB 174—176 aufgezählten Ausnahmen von der in ZGB 173 aufgestellten Regel zutrifft. Seine Verfügung kann auf dem Beschwerdeweg angefochten werden, da es sich hier nicht um einen Zivilrechtssatz, sondern um eine für das Betreibungsverfahren aufgestellte Regel handelt.

2. Die Legitimation zum Verfahren äussert sich hinsichtlich des Schuldners darin, dass die Betreibungshandlungen direkt seiner Person gegenüber vorgenommen, und namentlich die Betreibungsurkunden ihm selbst zugestellt werden können.

Bei juristischen Personen und betreibungsfähigen Gesellschaften kann eine derartige Vornahme und Zustellung nur gegenüber den vertretenden Organen geschehen. Als solche gelten für eine Gemeinde, einen Kanton oder die Eidgenossenschaft der Präsident der vollziehenden Behörde (des Gemeinderates, Regierungsrates oder Bundesrates) [16a]) für eine Aktiengesellschaft, eine Genossenschaft oder einen im Handelsregister eingetragenen Verein jedes Mitglied der Verwaltung oder des Vorstandes, sowie jeder Prokurist; für eine anderweitige juristische Person der Präsident der Verwaltung oder der Verwalter; für eine Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter und jeder Prokurist (B 65, Al. 1).

Bei physischen Personen setzt die Legitimation zum Verfahren den Besitz der Handlungsfähigkeit im formellen Sinn, d. h. die Fähigkeit, ohne gesetzlichen Vertreter Rechtshandlungen vorzunehmen, voraus. Ein nicht handlungsfähiger Schuldner kann zwar betrieben werden; die Betreibungsurkunden lauten auch auf seinen Namen;

[16a]) Dies trifft auch dann zu, wenn sich die Betreibung gegen eine Staatsanstalt richtet, welche nicht selbst juristische Persönlichkeit besitzt; vergl. BE XXX (1), 141.

sie können ihm aber nicht selbst zugestellt werden. Hat er einen gesetzlichen Vertreter, so ist die Betreibung am Wohnsitze des letztern zu führen, und sind diesem die Betreibungsurkunden zuzustellen[17]). Ist der gesetzliche Vertreter noch nicht ernannt, so erfolgt die Betreibung am Amtssitz derjenigen Behörde, welcher die Ernennung oder die einstweilige Sorge für die Vermögensverhältnisse des Schuldners obliegt, und es sind ihr die Betreibungsurkunden zuzustellen (B 47, Al. 1 und 2); vergl. § 17, III, Ziff. 2 hienach.[17a]) Eine entgegen der soeben aufgestellten Regel eingeleitete oder geführte Betreibung ist gesetzwidrig und von vorneherein ungültig, da sie einem Fundamentalsatze des Betreibungsrechtes widerspricht. Sie ist deshalb nicht nur durch Beschwerde anfechtbar[18]), sondern es hat auch die Aufsichtsbehörde, sobald sie davon erfährt, von Amtes wegen dagegen einzuschreiten (vergl. B 173, Al. 2).[19]) Aus diesem Grunde ist der Gläubiger ver-

---

[17]) Wohnt aber der Vertreter im Ausland, so muss der Natur der Sache nach die Betreibung am Aufenthaltsort des Vertretenen in der Schweiz stattfinden. Gleichwohl verlangt aber die Praxis auch in diesem Fall Zustellung der Betreibungsurkunden an den Vertreter; vergl. BE XXVII (1), 17, XXIX (1), 124. Als Vertreter im Sinne von B 47 kommen jedoch immer nur die Vertreter Handlungsunfähiger und nicht etwa auch ein curator absentis in Betracht Gl. M. BE XXVII (1), 12, A VIII, 19; anders A VII, 90.

[17a]) B 47, Al. 2 ist allerdings nicht sehr klar redigiert. Die Zustellung der Betreibungsurkunden an die zur Ernennung eines gesetzlichen Vertreters kompetente Behörde setzt nämlich der Natur der Sache nach voraus, dass der Betreibungsbeamte aus äussern Verumständungen auf die Notwendigkeit der Ernennung eines Vertreters schliessen kann. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Betriebene bereits provisorisch in der Vermögensverwaltung eingestellt, oder wenn er im Zuchthaus oder in einer Irrenanstalt untergebracht ist. Der Beamte kann dagegen natürlich nicht untersuchen, ob etwa nach materiellem Recht ein Bevormundungsgrund gegenüber dem Betriebenen vorliegt.

[18]) Nach der Praxis ist die Beschwerdeführung ohne Befristung gegeben; vergl. BE XXVII (1), 69.

[19]) Es ist hiezu also auch nicht etwa eine Beschwerde des Vertreters nötig; vergl. BE XXIII, 261, XXVIII (1), 144, XXXIII (1), 29; A I, 8.

pflichtet, im Betreibungsbegehren auch den Namen eines allfälligen gesetzlichen Vertreters des Schuldners anzugeben (B 67, Ziff. 2). Die Unterlassung dieser Angabe befreit aber den Betreibungsbeamten nicht von der Pflicht, gemäss der in B 47 aufgestellten Vorschrift zu verfahren. [20])

Das Vorhandensein der Handlungsunfähigkeit im formellen Sinn wird durch die Vorschriften des materiellen Ehe-, Eltern- und Vormundschaftsrechtes bestimmt. Dass Minderjährige, welche sich unter elterlicher Gewalt befinden, sowie Bevormundete regelmässig nur durch das Organ des Inhabers der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt betreibungsrechtlich belangt werden können, ist nicht zweifelhaft (vergl. ZGB 279, 407). Weniger klar verhält sich dagegen die Sache bei der Ehefrau. Unter der gegenwärtigen Rechtsordnung ist bei der Beurteilung der Frage auf die Vorschriften des betreffenden kantonalen Privatrechtes abzustellen. ZGB unterlässt es, in dieser Beziehung eine unzweideutige Regel aufzustellen. Von einer ehelichen Vormundschaft spricht es nicht. Da es aber den Ehemann als Vertreter der ehelichen Gemeinschaft bezeichnet (ZGB 161, Al. 1) und ihm die Vertretung der Ehefrau im Rechtsstreite mit Dritten um das zugebrachte Gut überweist (ZGB 168, Al. 2), so muss wohl angenommen werden, dass bei der Betreibung der Ehefrau für Schulden, welche entweder die eheliche Gemeinschaft als solche betreffen, oder sich auf das zugebrachte Gut beziehen, der Ehemann als Vertreter der Ehefrau gemäss B 47 zu betrachten ist. Das ergibt sich argumento e contrario auch aus der in ZGBE 60 enthaltenen Fassung von B 47, Al. 3, welche eine solche Vertretung für den Fall *ausschliesst*, dass die Ehefrau

---

[20]) Eine entgegen dieser Regel eingeleitete Betreibung ist also auch dann von Amtes wegen aufzuheben, wenn der Beamte oder sogar auch der Gläubiger den Schuldner für handlungsfähig hielten; vergl. BE XXX (1), 71. Im Gegensatz hiezu wurde noch in BE XXIX (1), 19 angenommen, dass eine direkte Zustellung an den bevormundeten Schuldner gültig sei, wenn die Bevogtung im Moment der Zustellung noch nicht publiziert war.

für Schulden betrieben wird, welche aus einem von ihr gemäss ZGB 167 mit Bewilligung des Ehemannes geführten Beruf oder Gewerbe herrühren.

Eine Ausnahme von dem Grundsatze in B 47 macht das Gesetz nur für die in OR 34, 35, bezw. nun ZGB 167, 412 vorgesehenen Fälle: Für Forderungen, welche aus einem gemäss OR 34, 35 (ZGB 167, 412) bewilligten Geschäftsbetrieb herrühren, ist die Betreibung gegen den Schuldner selbst am Orte des Geschäftsbetriebes zu führen (B 47, Al. 3, ZGBE 60). Hier hat demnach auch die Zustellung der Betreibungsurkunden nicht an den Vertreter, sondern an den Schuldner selbst (Ehefrau oder Mündel) stattzufinden[21]. Ob aber eine Forderung der angegebenen Art vorliegt oder nicht, haben nicht die Betreibungsbehörden, sondern die Gerichte zu prüfen.[22]

3. Die vertragliche Vertretung des Schuldners wird im Gesetz nirgends erwähnt. Gleichwohl aber besteht kein Grund, die Vornahme der dem Schuldner im Betreibungsverfahren obliegenden Vorkehren, wie die Erhebung von Rechtsvorschlägen, Beschwerden etc., durch Vertreter nicht zu gestatten. Die Praxis lässt auch hier eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu.[23]

4. Die Uebertragbarkeit der Legitimation auf einen Rechtsnachfolger ist, was die Legitimation zur Sache anbelangt, auch auf Schuldnerseite eine blosse Folge der materiellrechtlichen Vorschriften über den Uebergang der Verbindlichkeiten und richtet sich nach diesen.

Eine Uebertragung der Legitimation zum Verfahren dagegen, d. h. die Fortsetzung eines bereits begonnenen Betreibungsverfahrens gegenüber einem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Schuldners ist regelmässig nicht zulässig, indem es sich hier um einen Eingriff in die

---

[21]) So auch BE XXX (1), 98. A. M. dagegen Jaeger, Art. 47, N. 13, der sich zu seiner Unterstützung mit Unrecht auf BE XXIII 261, XXIV (1), 148 beruft.

[22]) Ein diesbezüglicher Einwand ist daher durch Rechtsvorschlag und nicht durch Beschwerde geltend zu machen; vergl. BE XXII, 207; A V, 65; Jaeger, Art. 47, N. 13.

[23]) Vergl. A III, 90 und oben § 9, VI, Ziff. 1.

Persönlichkeitssphäre des Schuldners handelt. Das Gesetz statuiert aber von dieser Regel zwei Ausnahmen:

a. Eine zu Lebzeiten des Erblassers angehobene Betreibung kann in der auf den Verstorbenen anwendbaren Art gegen die Erbmasse fortgeführt werden,[24]) sofern nach dem kantonalen Recht die Bestandteile der Verlassenschaft eine besondere Masse bilden, welche zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger dienen soll (vergl. B 49, 59, Al. 2). Es handelt sich dabei um das sog. beneficium separationis, wie es in verschiedenen kantonalen Rechten vorgesehen ist.[25])

Gemäss der durch ZGBE 60 vorgesehenen neuen Fassung von B 49 und 59, Al. 2 wird auch nach Inkrafttreten des ZGB eine zu Lebzeiten des Erblassers angehobene Betreibung gegen die Erbschaft fortgesetzt werden können, und zwar solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist. Die Betreibung wird dabei — wie bisher — in der auf den Verstorbenen anwendbaren Art und am Betreibungsort des Erblassers geführt (vergl. § 17, IV, Ziff. 4 hienach).

b. Gegen die Erben kann eine zu Lebzeiten des Erblassers angehobene Betreibung fortgesetzt werden, wenn es sich um eine Betreibung auf Pfandverwertung handelt, oder wenn in einer Betreibung auf Pfändung die in B 110, 111 angegebenen Fristen für die Teilnahme an der Pfändung bereits abgelaufen sind (B 59, Al. 3).

---

[24]) Der Gläubiger muss aber ausdrücklich die Fortsetzung gegen die Erbmasse verlangen; vergl. BE XXX (1), 79; XXXII (1), 89.

[25]) Solche Bestimmungen sind vorgesehen in Zürich EG 38, Bern EG 58 ff., Zug EG 59, Appenzell A.-Rh. EG 54, Appenzell I.-Rh. EG 31, St. Gallen EG 49, Graubünden EG 28, Thurgau EG 27, Wallis EG 30, Neuenburg EG 37, Genf EG 48 (Brand und Wasem, S. 319 ff.; vergl. Huber, System I, S. 434 ff.). — Ein Streit über die Frage, ob in einem gegebenen Falle eine derartige Masse vorhanden ist oder nicht, ist von den kant. Aufsichtsbehörden endgültig zu entscheiden; vergl. A VIII, 120.

In allen andern Fällen — handle es sich um Universal- oder um Singularsukzession (Erbfolge oder vertragliche Schuldübertragung) — kann die gegen den Rechtsvorfahr angehobene Betreibung nicht gegen den Rechtsnachfolger fortgesetzt werden.

IV. Der Einfluss des Subjektes auf das Verfahren.

Das Subjekt, und zwar sowohl die Person des Gläubigers als auch diejenige des Schuldners, ist nicht nur für die Anhebung der Schuldbetreibung überhaupt, sondern namentlich auch für die Wahl des im einzelnen Falle durchzuführenden Verfahrens nach verschiedenen Richtungen hin ausschlaggebend.

1. Die Person des Gläubigers ist massgebend, weil ohne sie eine Betreibung regelmässig nicht angehoben werden kann.[26]) Ferner sind gewisse betreibungsrechtliche Institute für bestimmte Arten von Gläubigern speziell geschaffen, wie z. B. die privilegierte Anschlusspfändung (B 111) und die Konkursprivilegien (B 219), und endlich steht in gewissen Fällen dem Gläubiger geradezu die Wahl des einzuschlagenden Verfahrens zu (B 41; vergl. § 14, III, Ziff. 2 hievor).

2. Die Person des Schuldners ist zur Durchführung eines Schuldbetreibungsverfahrens ebenfalls schlechtweg unerlässlich.[27]) Von ihren Eigenschaften hängt namentlich die Entscheidung der Frage ab, ob die Zwangsvollstreckung im Wege der Generalexekution (Konkurs) durchgeführt werden muss, oder nicht. Bei der Bestimmung der Konkursfähigkeit des Schuldners lehnt sich der Gesetz-

[26]) Eine Ausnahme von dieser Regel wäre theoretisch vielleicht bei der konkursamtlichen Liquidation einer erblosen oder ausgeschlagenen Verlassenschaft (B 193) denkbar, indem dieselbe u. U. auch stattzufinden hat, ohne dass irgendwelche Erbschaftsgläubiger bekannt sind.

[27]) Bloss scheinbar fehlt die Person des Schuldners bei der Fortsetzung einer zu Lebzeiten des Erblassers angehobenen Betreibung gegenüber der Erbmasse (B 49, 59, Al. 2; vergl. oben III, Ziff. 4).

geber an das System unseres Handelsrechtes an, indem er — wesentlich nach französischem Vorbild — regelmässig nur den Kaufmann der Konkursbetreibung unterwirft (vergl. B 39, Al. 1).[28])

a. Der Charakter des Kaufmanns im Sinne des Schuldbetreibungsrechtes kommt allen denjenigen Rechtssubjekten zu, welche als handelsrechtlich selbständig und auf eigene Rechnung tätig im schweiz. Handelsregister eingetragen sind.[29]) Und zwar zählt B 39, Al. 2 diese Rechtssubjekte abschliessend auf. Alle diejenigen Personen, welche in dieser Aufzählung nicht genannt sind, stellen also, auch wenn ihr Name im Handelsregister eingetragen ist, keine Kaufleute im Sinne des Gesetzes dar. Dies betrifft namentlich die Prokuristen, die Kommanditäre und die Organe und Mitglieder der eingetragenen Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Vereine, soweit die Eintragung ihrer Namen im Register durch das Gesetz vorgesehen wird.

Der Konkursbetreibung unterworfen ist gemäss B 39 nur derjenige Schuldner, welcher in einer der nachstehenden Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist:

aa. als Inhaber einer Einzelfirma (OR 865, Al. 2 und 4);

bb. als Mitglied einer Kollektivgesellschaft (OR 553);

---

[28]) Vergl. über die Wahl dieses Systems namentlich Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1866, S. 36 ff und Reichel, Art. 39, N. 1.

[29]) Die Bestimmungen über das Handelsregister sind enthalten in OR XIII. Titel, modifiziert durch Bundesgesetz vom 11. Dez. 1888 zur Ergänzung der Bestimmungen des OR über das Handelsregister; die Ausführungen dazu in der bundesrätl. Verordnung vom 6. Mai 1890 über Handelsregister und Handelsamtsblatt; vergl. dazu Zeerleder: Ueber das Handelsregister in der Schweiz, ZBJV XXVI, S. 511 ff; Siegmund: Handbuch für schweiz. Handelsregisterführer, Basel, 1892; v. Salis: Schweiz. Bundesrecht, 2. Aufl., Bd. IV, S. 221 ff; Rossel: Manuel, p. 990 ff; Siegmund: Die Konkurs- und Wechselfähigkeit nach dem Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, ZschwR NF, VII, S. 311 ff.

cc. als unbeschränkt haftendes Mitglied einer Kommanditgesellschaft (OR 676);

dd. als Mitglied des Vorstandes einer Kommanditaktiengesellschaft (OR 676);

ee. als Kollektivgesellschaft (OR 552);

ff. als Kommanditgesellschaft (OR 590);

gg. als Aktien- oder Kommanditgesellschaft (OR 623 und 676);

hh. als Genossenschaft (OR 678);

ii. als Verein (OR 716, ZGB 61), bei dem allerdings die handelsrechtliche Tätigkeit keine Rolle zu spielen braucht;

kk. ebenso unterliegt der Konkursbetreibung, wer sich kraft OR 865, Al. 1 in das Handelsregister hat eintragen lassen (B 39, Al. 2), ohne dass er selber eine kaufmännische Firma besitzt, oder zu einer solchen in Beziehung steht. [30])

b. Die Wirkung der Eintragung besteht darin, dass gegenüber einem in der angegebenen Weise eingetragenen Schuldner die Betreibung auf dem Wege des Konkurses, und zwar als ordentliche Konkursbetreibung (B 159—174) oder als Wechselbetreibung (B 177—189) fortgesetzt wird (B 39, Al. 1). [31]) Von dieser Regel macht aber das Gesetz Ausnahmen nach verschiedenen Richtungen hin:

aa. In gewissen Fällen wird die Betreibung trotz der vorhandenen persönlichen Konkursfähigkeit des Schuldners nicht auf dem Wege des Konkurses, sondern auf demjenigen der Pfändung oder Pfandverwertung fortgesetzt,

---

[30]) Dabei ist es gleichgültig, ob die geschehene Eintragung materiell gerechtfertigt ist oder nicht. Auch eine irrtümlicher- oder gesetzwidrigerweise vorgenommene Eintragung äussert die in B 39 vorgesehenen Wirkungen; vergl. Jaeger, Art. 39, N. 5; BE XXVIII (1), 70, XXIX (1), 105, XXX (1), 127; a. M. BE XXIII, 59.

[31]) Da es sich um eine Fortsetzung der Betreibung handelt, müssen die gesetzlichen Voraussetzungen der Konkursbetreibung spätestens zur Zeit der Stellung des Fortsetzungsbegehrens vorhanden sein; auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung kommt es nicht an; vergl. A V, 68; BE XXII, 206.

und zwar mit Rücksicht auf die Natur der zu vollstreckenden Forderung, nämlich bei pfandversicherten Forderungen (B 41) und bei öffentlichrechtlichen Forderungen (B 43; vergl. § 14 III, Ziff. 2 hievor).[32])

bb. Umgekehrt aber ist die Zwangsvollstreckung auf dem Wege des Konkurses unter gewissen Voraussetzungen auch gegen solche Schuldner möglich, welche nicht im Handelsregister eingetragen sind, also die persönliche Konkursfähigkeit nicht besitzen. Es trifft dies zu in bestimmten Fällen der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (B 190 —194).

Abgesehen von den soeben unter lit. aa und bb erwähnten Ausnahmen darf gegenüber dem gemäss B 39 eingetragenen Schuldner eine angehobene Betreibung nur auf Konkurs fortgesetzt werden, während andererseits diese Betreibungsart gegenüber einem nicht Eingetragenen schlechtweg unzulässig ist. Eine im Widerspruch mit diesem Grundsatz eingeschlagene Betreibungsart ist von Amtes wegen aufzuheben. [33])

c. Die zeitliche Bestimmung der Eintragungswirkung besteht in der Festsetzung eines Anfangs- und Endpunktes im Gesetz.

aa. Die Eintragung äussert ihre Wirkung erst mit dem auf die Bekanntmachung im schweizerischen Handelsamtsblatt folgenden Tage (B 39, Al. 3). [34]) Von diesem Tage an sind alle einlangenden Fortsetzungsbegehren auf dem Wege der Konkursbetreibung zu erledigen (vergl.

[32]) Im übrigen wird die Betreibungsart durch die Natur des Objektes, bezw. die Herkunft und den Entstehungsgrund des Anspruches nicht beeinflusst. Namentlich braucht die Forderung nicht aus dem kaufmännischen Geschäftsbetrieb des Schuldners herzurühren: vergl. BE XXIII, 268, XXV (1), 106; A I, 7, 52.

[33]) Vergl. A III, 91; BE XXVIII (1), 45. Aus praktischen Gründen muss aber von dieser Aufhebung Umgang genommen werden, wenn in dem gegen den eingetragenen Schuldner durchgeführten Pfändungsverfahren bereits die Verteilung stattgefunden hat, weil damit die Zwangsvollstreckung faktisch beendigt ist.

[34]) Ueber die Vornahme dieser Publikation vergl. Verordnung vom 6. Mai 1890, Art. 46 ff.

oben lit. b). Jedoch sind die in diesem Moment anhängigen Pfändungsbegehren gleichwohl als solche zu vollziehen, so lange nicht der Konkurs über den Schuldner eröffnet ist (B 42, Al. 2). Diese Vorschrift des Gesetzes ist allerdings im Hinblick auf B 39, Al. 1 nicht ganz klar, indem dort hinsichtlich des eingetragenen Schuldners schlechtweg die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege des Konkurses verlangt wird. Ueberdies aber braucht der Gläubiger in seinem Begehren um Fortsetzung der Betreibung die zu wählende Betreibungsart nicht näher zu bezeichnen, da dieselbe gemäss B 38, Al. 3 durch den Betreibungsbeamten von Amtes wegen zu bestimmen ist. Nichtsdestoweniger aber wird im Interesse der Einheitlichkeit und Gleichmässigkeit des Verfahrens angenommen werden müssen, dass gemäss B 42, Al. 2 ein vor der Publikation der Eintragung des Schuldners eingelangtes Fortsetzungsbegehren gegebenenfalls noch auf dem Wege der Pfändung zu vollziehen ist, auch wenn es sich nicht ausdrücklich als «Pfändungsbegehren» bezeichnet.

bb. Die Beendigung der Eintragungswirkung fällt nicht mit der Löschung im Handelsregister zusammen; vielmehr sieht das Gesetz noch eine Nachwirkungsfrist vor. [35]) Personen, welche im Handelsregister eingetragen waren, unterliegen, nachdem die Streichung durch das Handelsamtsblatt bekannt gemacht worden ist, noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung. [36]) Eine Betreibung, für

[35]) Eine Ausnahme von dieser Regel macht die Praxis für den Fall der Löschung infolge Konkurses. Mit derselben hört die Konkursfähigkeit des Schuldners sogleich auf; vergl. A V, 80. Der Widerruf des Konkurses macht dabei die Löschung nicht rückgängig; jedoch kann der Gläubiger natürlich gemäss Art. 26 der Verordnung vom 6. Mai 1890 die Wiedereintragung des Schuldners verlangen; vergl. BE XXX (1), 35. Wird eine Kollektivgesellschaft infolge Konkurses gelöscht, so unterstehen die Gesellschafter ihrerseits noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung; vergl. BE XXIII, 268.

[36]) Bei der Kollektivgesellschaft beginnt die Frist mit der Publikation der Auflösung, nicht mit derjenigen der Beendigung der Liquidation; vergl. A V, 111, BE XXXI (1), 119; anders früher A

welche der Gläubiger vor Ablauf dieser Frist die Konkursandrohung oder den Zahlungsbefehl zur Wechselbetreibung verlangt hat, wird auf dem Wege des Konkurses fortgesetzt (B 40). Die sechsmonatliche Frist ist eine absolute, d. h. sie kann nicht verlängert werden, auch dann nicht, wenn dem Gläubiger die Stellung des Fortsetzungsbegehrens durch die Erhebung eines Rechtsvorschlages seitens des Schuldners und die dadurch nötig gemachte Prozessführung verunmöglicht, bezw. hinausgeschoben wurde. [37])

III. Kapitel.

Allgemeine Grundsätze des Verfahrens.

Erster Unterabschnitt.

§ 16.

Der Gang des Verfahrens.

I. Einteilung des Verfahrens.

Das Schuldbetreibungsverfahren zerfällt seiner formellen Gestaltung nach in zwei Hauptabschnitte: Das Einleitungsverfahren oder die Betreibung im engern Sinn einerseits und die eigentliche Zwangsvollstreckung anderseits. Einleitungsverfahren und Zwangsvollstreckung bilden in ihrem organischen Zusammenhang die Schuldbetreibung (vergl. B 38, sowie § 1, I hievor).

1. Das Einleitungsverfahren oder die Betreibung im engern Sinn hat zum Zweck, die Stellungnahme des Schuldners zu der vom Gläubiger geltend gemachten Forderung und zu der beabsichtigten Voll-

---

III, 41. Anderseits aber macht die Publikation der Auflösung für die Fixierung des Zeitpunktes auch dann Regel, wenn das die letztere bedingende Ereignis, z. B. der Tod des einen von zwei Gesellschaftern, schon früher eingetreten ist; vergl. BE XXV (1), 106.

[37]) Vergl. BE XXV (1), 52. Ebensowenig aber kommt es darauf an, ob die Löschung im Handelsregister gerechtfertigt war oder nicht; vergl. BE XXVIII (1), 70, XXIX (1), 105.

streckung derselben zu ermitteln, bezw. einen allfälligen Widerstand des Schuldners gegen die beabsichtigte Zwangsvollstreckung auf rechtlichem Wege zu beseitigen. Von dem Nichtvorhandensein, bezw. der gesetzmässigen Beseitigung eines derartigen Widerstandes hängt nämlich regelmässig die Möglichkeit einer Durchführung der eigentlichen Zwangsvollstreckung ab.

Zum Behufe der Ermittelung der Stellungnahme des Schuldners wird demselben der Zahlungsbefehl zugestellt, worin er aufgefordert wird, entweder Zahlung zu leisten, oder seinen Widerstand in gesetzlicher Form — durch Rechtsvorschlag — geltend zu machen (vergl. B 69, 178, sowie § 23 hienach). Die Schuldbetreibung beginnt also regelmässig mit der Zustellung des Zahlungsbefehls (B 38, Al. 2). Eine Fortsetzung des Verfahrens im Wege der eigentlichen Zwangsvollstreckung kann nur unter der doppelten Bedingung erfolgen, dass der Schuldner einerseits nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist freiwillig Zahlung leistet und dass er anderseits gegen den Zahlungsbefehl nicht Rechtsvorschlag erhoben hat, oder dass der letztere in gesetzlicher Weise beseitigt wurde, was aber nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen auf betreibungsrechtlichem Wege — durch Rechtsöffnung (B 80—84) — erfolgen kann. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so bleibt die Betreibung gehemmt, und der Gläubiger hat zur Geltendmachung seines Anspruches den ordentlichen Prozessweg zu betreten (B 79).

Das Einleitungsverfahren besteht somit einerseits aus der Zustellung des Zahlungsbefehls, anderseits aus dem Verfahren zur betreibungsrechtlichen Beseitigung eines allfälligen Rechtsvorschlages (Rechtsöffnungsverfahren). Eine spezielle formelle Regelung ist dabei für den Fall der Wechselbetreibung (B 177 ff) vorgesehen.

Das Einleitungsverfahren braucht aber nach dem soeben Angeführten da nicht stattzufinden, wo ein Widerstand des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung der Natur der Sache nach nicht in Betracht fällt. Dies ist

einmal dann der Fall, wenn der Schuldner selbst die Zwangsvollstreckung (Konkurseröffnung) dadurch herbeiführt, dass er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt (B 191, 192); ferner bei der konkursamtlichen Liquidation einer erblosen Verlassenschaft (B 193) und endlich in denjenigen Fällen, wo der Gesetzgeber wegen Flucht, Fluchtverdachtes oder unredlicher Handlungen des Schuldners dem Gläubiger die Anhebung der Zwangsvollstreckung ohne Einleitungsverfahren ausdrücklich gestattet (B 190). Diese drei vom Gesetz unter der Bezeichnung «Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung» zusammengefassten Fälle bilden die einzige Ausnahme von der Regel, dass ohne durchgeführtes Einleitungsverfahren die Anhebung der eigentlichen Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist.[1])

2. Die eigentliche Zwangsvollstreckung kann in drei verschiedenen Formen vor sich gehen: Als Pfändung, Pfandverwertung oder Konkurs. Sie stellt sich organisch als Fortsetzung des Einleitungsverfahrens dar. Die Schuldbetreibung beginnt mit der Zustellung des Zahlungsbefehles und wird entweder auf dem Wege der Pfändung, oder der Pfandverwertung oder des Konkurses fortgesetzt (B 38, Al. 2).

a. Die Pfändung ist die Spezialexekution[2]) in einzelne Vermögensstücke. Sie tritt ein gegenüber einem Schuldner, welcher seinen persönlichen Eigenschaften gemäss nicht der Konkursbetreibung unterliegt (B 42, Al. 1; vergl. § 15, IV, Ziff. 2 hievor) und dem gegenüber auch die Gründe einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (B 190 ff) nicht vorhanden sind; ferner aber auch da, wo die Natur des Objektes der Betreibung, ganz abgesehen von den Eigenschaften des Schuldners, diese Vollstreckungsart verlangt (vergl. § 15, IV, Ziff. 2, lit. b hievor).

---

[1]) Eine entgegen dieser Regel, z. B. vor Beseitigung des Rechtsvorschlages, begonnene Zwangsvollstreckung ist ungültig; vergl. BE XXXII (1), 26.

[2]) Vergl. über den Begriff der Spezialexekution Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 2. Aufl. 1906, S. 917 ff.

b. die Pfandverwertung ist die Spezialexekution, in bestimmte Vermögensstücke, welche beim Vorhandensein bestimmt gearteter Schuldbetreibungsobjekte, nämlich pfandversicherter Forderungen, stattfindet (B 41; vergl. § 14, III, Ziff. 2 hievor).

c. Der Konkurs ist die Generalexekution in das gesamte Vermögen des Schuldners. Sie greift Platz gegenüber den im Handelsregister als handelsrechtlich selbständig und auf eigene Rechnung tätig eingetragenen Personen (B 39, 40; vergl. § 15, IV, Ziff. 2 hievor), sowie beim Vorhandensein der Gründe einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (B 190 ff).

II. Die Bestimmung der Zwangsvollstreckungsart.

Die im einzelnen Fall anzuwendende Art der Zwangsvollstreckung (Betreibungsart) wird durch den Betreibungsbeamten bestimmt (B 38, Al. 3). Eine Ausnahme von dieser Regel findet nur bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung statt, indem hiebei der Betreibungsbeamte keine Funktionen zu erfüllen hat, sondern direkt das Konkursgericht begrüsst wird (vergl. B 190 ff).

1. Die Verfügung des Betreibungsbeamten hinsichtlich der zu wählenden Betreibungsart hat sich nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften (B 39—43) zu richten. Danach erfolgt die Schuldbetreibung:

a. auf dem Wege des Konkurses, wenn der Schuldner in der vom Gesetz vorgesehenen Weise im Handelsregister eingetragen ist und es sich nicht um eine öffentlichrechtliche Forderung handelt (B 39, 40, 43; vergl. § 15, IV, Ziff. 2 hievor);

b. auf dem Wege der Pfandverwertung, wenn sie für eine pfandversicherte Forderung erfolgen soll (B 41; vergl. § 14, III, Ziff. 2 hievor);

c. in allen andern Fällen auf dem Wege der Pfändung (B 42, Al. 1).

Der Gläubiger hat den Betreibungsbeamten durch die nötigen Angaben und Vorlagen in Stand zu setzen, die richtige Betreibungsart zu wählen (vergl. B 67, 151, 177, Al. 2).

2. Ausnahmen vom Grundsatze der amtlichen Bestimmung der Betreibungsart sieht das Gesetz nach zwei Richtungen hin vor:

a. Für grundpfändlich gesicherte Zinsen oder Annuitäten kann nach der Wahl des Gläubigers entweder die Pfandverwertung oder, je nach der Person des Schuldners, die Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs stattfinden (B 41, Al. 2).

b. Für Forderungen, die sich auf einen Wechsel oder Check gründen, kann, auch wenn sie pfandversichert sind, beim Betreibungsamt die Wechselbetreibung verlangt werden, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt (B 177, Al. 1).

In diesen beiden Fällen hat sich der Betreibungsbeamte hinsichtlich der zu wählenden Betreibungsart ausschliesslich an das Begehren des Gläubigers zu halten, während im übrigen der Wille des Gläubigers für die Wahl der Betreibungsart in keiner Weise massgebend ist.[3])

3. Der Zeitpunkt der amtlichen Bestimmung der Betreibungsart wird im Gesetz nicht ausdrücklich angegeben. Nach dem Wortlaute in B 38 könnte man annehmen, dass diese Bestimmung erst nach Beendigung des Einleitungsverfahrens stattzufinden habe, nämlich dann, wenn es sich darum handelt, die Schuldbetreibung auf dem einen oder andern Wege fortzusetzen. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Die Bestimmung muss vielmehr schon vor der Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgen, da im Falle einer Betreibung auf Pfandverwertung und der Wechselbetreibung der Zahlungsbefehl selbst bestimmte Spezialangaben enthalten muss (vergl. B 87, 152, 178, sowie § 23, II, Ziff. 1 hienach). Der Betreibungsbeamte soll sich demnach schon in diesem Zeitpunkt über das zu wählende Verfahren schlüssig machen.

[3]) Vergl. BE XXV (1), 106.

Die einmal getroffene Bestimmung der Betreibungsart, sei sie nun amtlich oder — in den zutreffenden Fällen — nach dem Willen des Gläubigers erfolgt, ist, sobald sie ihren Ausdruck im Zahlungsbefehl gefunden hat, für die Durchführung der Schuldbetreibung schlechtweg massgebend. Die letztere kann deshalb nur in der durch den Zahlungsbefehl angegebenen Weise fortgesetzt werden.[4])

4. Eine Anfechtung der gewählten Betreibungsart hat auf dem Beschwerdeweg zu erfolgen, da es sich dabei immer um eine Verfügung des Betreibungsbeamten handelt (vergl. B 17 und § 9, II, Ziff. 1 hievor). Zur Beschwerdeführung sind regelmässig sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner legitimiert. Will jedoch der Schuldner die Zulässigkeit einer angehobenen Betreibung auf Pfandverwertung bestreiten, indem er das Bestehen einer pfandversicherten Forderung negiert, so hat er dies nicht durch Beschwerde, sondern mittels Rechtsvorschlages zu tun, da das Pfandrecht zum Bestand der Forderung gehört, über welchen im Streitfall nicht die Vollstreckungsbehörden, sondern die Zivilgerichte zu urteilen haben.[5])

Zweiter Unterabschnitt.

§ 17.

Der Betreibungsort.

I. Begriff und Wesen.

Betreibungsort ist derjenige Ort, an welchem die Schuldbetreibung gegen einen bestimmten Schuldner auzuheben

[4]) Ist dies aus äussern Gründen, z. B. bei der Pfandverwertung infolge Wegfalls der Pfandsache nicht mehr möglich, so muss eben eine neue Betreibung angehoben werden; vergl. BE XXII, 53, XXX (1), 123.

[5]) Vergl. A IV, 81; Jaeger Art. 38, N. 11. Behauptet aber der Schuldner, der Beamte habe diese Betreibungsart trotz ungenügender Angaben des Gläubigers über das Pfandrecht gewählt, so handelt es sich um eine Frage des Verfahrens, die auf dem Beschwerdewege geltend gemacht werden muss; vergl. BE XXIII, 173.

bezw. durchzuführen ist.[1]) Er umschreibt somit die örtlichen Beziehungen der Schuldbetreibung. Dieselben machen sich nach zwei verschiedenen Richtungen hin geltend: Einmal nämlich bezeichnen sie die Behörde, an welche sich der Gläubiger zu wenden hat, und ferner den Ort, an welchem die Vollstreckungshandlungen vor sich gehen.

1. Die Bedeutung des Betreibungsortes ist daher eine zweifache:

a. Er umschreibt die örtliche Zuständigkeit der Betreibungsbehörden, indem er angibt, in welchem Betreibungs- oder Konkurskreise und somit auch durch welche örtlich näher bezeichnete Behörde eine bestimmte Schuldbetreibung vorzunehmen ist (vergl. § 6, IV, Ziff. 1 und V, Ziff. 1 hievor). Der Betreibungsort ist demnach in gewissem Sinne massgebend für die Behördenorganisation.

b. In zweiter Linie aber bezeichnet er den Ort, an welchem der Schuldner sich betreibungsrechtlich belangen, d. h. die einzelnen Vorkehren der Zwangsvollstreckung gegen sich geschehen lassen muss. Er begründet also einen Rechtschutz sowohl für den Gläubiger als auch für den Schuldner: Für den erstern dadurch, dass er ihm den Ort anweist, an welchem er die staatliche Hülfe zur Eintreibung seiner Forderung in Anspruch nehmen kann; für den Schuldner dadurch, dass er ihn vor der Belangung an einem willkürlich gewählten Orte schützt.

2. Die rechtliche Natur des Betreibungsortes nähert denselben dem Gerichtsstand (Forum) des Zivilprozesses, welcher in seinem Rechtsgebiete die oben für den Betreibungsort erwähnten Eigenschaften ebenfalls aufweist. Der Betreibungsort wird denn auch öfters geradezu als Gerichtsstand der Betreibung bezeichnet.[2]) Die Ver-

---

[1]) Vergl. BE XXVII (1), 62; über die nähere Ausführung dieses Satzes hinsichtlich der Durchführung der Betreibung vergl. unten V, Ziff. 2.

[2]) Vergl. Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886, S. 60 und bundesrätlicher Entwurf, Art. 55 ff. Diese Bezeichnung ist aber

wandtschaft zwischen beiden Begriffen ist aber eine rein äusserliche, und es lassen sich bei der Bestimmung des Betreibungsortes nur wenige Analogien zu derjenigen des Gerichtsstandes ziehen.[3]) Infolgedessen dürfen auch die verfassungsmässigen Grundlagen und die leitenden Normen des prozessualen Gerichtsstandes nicht ohne weiteres auf den Betreibungsort übertragen werden. wenn auch zugegeben werden muss, dass der Gesetzgeber bei der Festsetzung des allgemeinen Betreibungsortes direkt von der verfassungsmässigen Umschreibung des Gerichtsstandes für persönliche Klagen in Art 59 BV ausging.[4]) Er hat aber die Ordnung des Betreibungsortes durchaus selbständig ausgestaltet, wozu ihm auch Art. 64 BV die nötigen Kompetenzen erteilte. Diese Ordnung ist deshalb der Herrschaft des Art. 59 BV vollständig entzogen und nur von ihrer eigenen gesetzlichen Regelung abhängig.[5])

II. Einteilung.

Bei der Festsetzung des Betreibungsortes lässt sich der Gesetzgeber von zwei verschiedenen Gesichtspunkten leiten: In erster Linie und regelmässig von den örtlichen Beziehungen und der örtlichen Zugehörigkeit des Schuldners; in zweiter Linie — ausnahmsweise — von der lokalen Zugehörigkeit der Gegenstände, welche durch die Zwangsvollstreckung ergriffen werden.

---

verwirrend mit Rücksicht darauf, dass B eben auch zivilprozessuale Gerichtsstände für die betreibungsrechtlichen Klagen vorsieht; vergl. B 83, Al. 2; 86, Al. 2, 250 ff, sowie § 11, I, Ziff. 2 hievor.

[3]) Ueber die Natur und die Bestimmung des Gerichtsstandes vergl. Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses (3. Aufl.), § 39; Bayer: Vorlesungen über den deutschen gemeinen Zivilprozess (10. Aufl.), S. 180 ff.; Schmidt: Lehrb. d. deutschen Zivilproz. (2. Aufl.). S. 251 ff.

[4]) Vergl. oben Note 2; dazu BE XXIII, 64, XXVIII (1), 53.

[5]) Ebenso Burckhardt: Kommentar zur BV. S. 594; nicht ganz klar Martin, S. 36; vergl. auch § 3, II, Ziff. 2 hievor.

Dabei ist — wiederum in Analogie zum Zivilprozess — zu unterscheiden zwischen dem allgemeinen Betreibungsort (forum generale) und den speziellen Betreibungsorten (fora specialia).[6])

1. Der allgemeine Betreibungsort ist derjenige Ort, an welchem die Schuldbetreibung gegen einen bestimmten Schuldner in allen Fällen anzuheben und durchzuführen ist, für welche das Gesetz nicht ausdrücklich einen besondern Betreibungsort vorschreibt oder zulässt. Er bildet also auch den regelmässigen Betreibungsort. Als allgemeiner Betreibungsort wird der Wohnsitz des Schuldners bezeichnet (B 46). Dies geschieht einerseits aus Billigkeit gegenüber dem Schuldner, welcher nicht gezwungen werden soll, sich ausserhalb seines Wohnortes zu verteidigen, und in Anlehnung an das für den Zivilprozess gültige Prinzip des Art. 59 BV (vergl. oben I, Ziff. 2); anderseits aber aus reinen Zweckmässigkeitsrücksichten, da eben die zur Befriedigung des Gläubigers zu verwertenden Gegenstände am ersten und sichersten da zu finden sind, wo sich der Schuldner dauernd niedergelassen hat.[7])

2. Umgekehrt aber kann es unter Umständen gerade die Zweckmässigkeit verlangen, vom Prinzip der Betreibung am Wohnsitz des Schuldners abzugehen und besondere Betreibungsorte zu schaffen. Dies ist namentlich dann notwendig, wenn der Schuldner gar keinen festen Wohnsitz hat oder seinen Wohnsitz in der Absicht, sich seinen Gläubigern durch die Flucht zu entziehen, aufgibt. Aus Zweckmässigkeitsrücksichten und Billigkeit empfiehlt es sich aber unter bestimmten Voraussetzungen auch, einen Schuldner, welcher im Ausland einen festen Wohnsitz hat, im Inlande betreiben zu lassen und dafür einen besondern Betreibungsort vorzusehen, und endlich ist ein solcher da gegeben, wo die der Zwangs-

[6]) Vergl. BE XXVIII (1), 27.

[7]) Auch hierin macht sich die Analogie zum Zivilprozessrecht geltend, welches schon im gemeinen Recht den Satz aufstellte: actor sequitur forum rei.

vollstreckung dienenden Gegenstände von vornherein bestimmt sind: Betreibungsort der Erbmasse, der gelegenen Sache und des Arrestes. Die speziellen Betreibungsorte lassen sich demnach einteilen in:

a. Betreibungsort des Aufenthaltes,

b. Betreibungsort des flüchtigen Schuldners,

c. ausnahmsweiser Betreibungsort des im Ausland wohnenden Schuldners,

d. Betreibungsort der Erbmasse,

e. Betreibungsort der gelegenen Sache,

f. Betreibungsort des Arrestes.

III. Der allgemeine Betreibungsort.

B 46, Al. 1 bestimmt ganz allgemein: «Der Schuldner ist an seinem Wohnsitze zu betreiben». Nach diesem Grundsatz regelt sich überall da, wo nicht ein spezieller Betreibungsort vorgesehen ist, die örtliche Kompetenz im Betreibungswesen. Unter dem nämlichen Vorbehalt bestimmt dieser Satz aber auch das territoriale Geltungsgebiet des Gesetzes selbst. Es muss nämlich beim Stillschweigen des Gesetzes angenommen werden, dass B 46, Al. 1 auch auf denjenigen Schuldner Anwendung findet, welcher seinen Wohnsitz im Ausland hat, so dass gegen ihn ordentlicher Weise, d. h. sofern nicht ein besonderer Betreibungsort vorhanden ist, in der Schweiz nicht Betreibung angehoben werden kann.[8]) Dieser Grundsatz gilt gegenüber allen auswärtigen Staaten, und nicht etwa nur bezüglich derjenigen, mit welchen staatsvertragliche Abmachungen getroffen sind.[9])

[8]) Ebenso BE XXIII, 135, XXIV (1), 102, A VIII, 113. Es kann also nicht etwa, sofern es sich nicht um einen flüchtigen Schuldner handelt, am letzten schweizerischen Wohnort betrieben werden: vergl. Blumenstein: Der Wohnsitzbegriff im sog. Ausländerarrest, A XII, 90; a. M. Zeerleder in A IX, 7; gegen ihn Brand, ibidem.

[9]) Damit ist, was den allgemeinen Betreibungsort anbelangt, die Beantwortung der streitigen Frage überflüssig gemacht, ob sich der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 auch

Der Begriff des betreibungsrechtlichen Wohnsitzes ist verschieden, je nach der rechtlichen Stellung und dem Wesen der in Betracht fallenden Person.[10])

1. Der betreibungsrechtliche Wohnsitz physischer handlungsfähiger Personen wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Es ist deshalb anzunehmen, dass derselbe ohne weiteres mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz zusammenfällt. Dieser letztere wird gegenwärtig bundesrechtlich geregelt durch das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, dessen Bestimmungen hier analog anwendbar sind.[11]) Und zwar schreibt Art. 3, Al. 1 des zitierten Bundesgesetzes darüber vor: «Der Wohnsitz im Sinne dieses Gesetzes befindet sich an dem Orte, wo jemand mit der Absicht, dauernd zu verbleiben, wohnt.» [12]) Notwendig ist demnach auch zur Begründung des betreibungsrechtlichen Wohnsitzes:

a. Ein eigentliches «Wohnen», d. h. gewisse nähere Beziehungen der Person zum Orte. Derselbe muss gewissermassen den örtlichen Mittelpunkt ihres Lebens bilden. Und zwar sind dabei in erster Linie die persönlichen und nicht etwa die geschäftlichen Beziehungen ausschlaggebend. Wenn also ein Kaufmann oder Industrieller mit seiner Familie in Bern wohnt und sein Geschäft in Zürich hat, so ist sein betreibungsrechtlicher Wohnsitz einzig in Bern; nur

---

auf den Betreibungsort beziehe. Vergl. über diese Streitfrage die Abhandlung von Reichel: Der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich und dessen Verhältnis zum B (A II, 75) und die dort zitierten Autoren.

[10]) Die finanzielle Lage derselben ist ohne Belang; vergl. BE XXX (1), 101.

[11]) Vergl. BE XXVIII (1), 53; Jaeger Art. 46, N. 3, wo eine reichhaltige Judikatur angeführt wird; Reichel Art. 46; Martin S. 37 f.

[12]) Eine dem Art. 3 leg. cit. analoge Fassung nun auch in ZGB 23, Al. 1. Dieselbe lautet: «Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält.»

hier kann er — wenn nicht ein besonderer Betreibungsort gegeben ist — betrieben werden, und zwar auch für Schulden, welche aus dem Geschäftsbetrieb herrühren[13]) (vergl. unten, lit. c).

b. Es muss ein dauerndes Verbleiben an dem betreffenden Orte beabsichtigt sein. Schliesst der Zweck des Aufenthaltes eine derartige Absicht aus, so kann auch von einem Wohnsitz nicht die Rede sein. Art 3, Al. 2 des zitierten Bundesgesetzes sieht vor: «Die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs-, Pflege-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt begründet für dieselbe keinen Wohnsitz im Sinne dieses Gesetzes, ebensowenig der Aufenthalt an einem Orte zum Besuche einer Lehranstalt». Inhaltlich gleich lautet ZGB 26. Auch diese Bestimmung ist auf den betreibungsrechtlichen Wohnsitz analog anwendbar.[14])

c. Endlich trifft auch auf den betreibungsrechtlichen Wohnsitz der in Art. 3, Al. 4 leg. cit. enthaltene Grundsatz zu, wonach niemand an zwei oder mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben kann (Ausschliesslichkeit des Wohnsitzes). Die gleiche Vorschrift enthält ZGB 23, Al. 2.[14a]) Daraus folgt auch die bereits oben (sub lit. a) erwähnte Regel, dass der Schuldner, welcher in der Schweiz Wohnsitz hat, nicht an seiner Geschäftsniederlassung betrieben werden kann.[15])

---

[13]) Unbekümmert darum, dass er vielleicht nach den Vorschriften des Zivilprozesses am Geschäftsort gerichtlich belangt werden kann; vergl. auch BE XXXII (1), 63; A X, 83; dagegen Martin S. 38. Das Gesagte hat selbstverständlich auch für den Fall Geltung, dass der Betreffende einer anderwärts domizilierten Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft angehört: Soll er persönlich belangt werden, ist das regelmässig nur am Wohnorte möglich; vergl. BE XXVI (1), 55.

[14]) Ein derartiger Aufenthalt kann aber u. U. den besondern Betreibungsort gemäss B 48 begründen; vergl. BE XXIII, 60.

[14a]) ZGB 23, Al. 3 sieht dabei ausdrücklich vor, dass die geschäftliche Niederlassung von dieser Vorschrift nicht betroffen wird, was jedoch für das Schuldbetreibungsrecht ohne Belang ist.

[15]) Solange also ein betreibungsrechtlicher Wohnsitz noch zu Recht besteht, kann ein neuer nicht erworben werden; vergl. BE XXVI (1), 7. Der Schuldner hat die Beweislast.

Trifft eines der sub lit. a bis c angeführten Merkmale nicht mehr zu, hören also namentlich die persönlichen Beziehungen des Schuldners zu dem betreffenden Orte auf, so kann von einem Betreibungswohnsitz hier nicht mehr die Rede sein.[16])

2. Der betreibungsrechtliche Wohnsitz handlungsunfähiger physischer Personen wird in B 47 ausdrücklich umschrieben. Dabei fallen aber nur diejenigen Personen in Betracht, deren Handlungsunfähigkeit durch das äussere Merkmal eines gesetzlichen Vertreters oder wenigstens behördlicher Massnahmen zur Verordnung eines solchen erkennbar gemacht wird (sog. Handlungsunfähigkeit im formellen Sinn). Dies ist deshalb erforderlich, weil der Natur der Sache nach die Vollstreckungsbehörden nicht zuständig sind, die rein materiellrechtliche Frage des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins der Handlungsfähigkeit zu beurteilen. Wo deshalb das erwähnte formelle Merkmal der Handlungsunfähigkeit fehlt, ist der Schuldner betreibungsrechtlich als handlungsfähig zu betrachten, und es finden auf ihn die oben sub Ziff. 1 erwähnten Grundsätze Anwendung.[17]) Hinsichtlich der Handlungsunfähigkeit im formellen Sinn sind verschiedene Fälle zu unterscheiden:

a. Der Schuldner hat einen gesetzlichen Vertreter. Hieher sind einerseits zu rechnen die Fälle der sog. natürlichen Vormundschaft, d. h. der elterlichen und ehemännlichen Gewalt;[18]) und anderseits diejenigen

---

[16]) Art. 3, Al. 3 leg. cit., wonach der einmal begründete Wohnsitz bis zum Erwerb eines neuen fortdauert, gilt also im Betreibungsrecht nicht. Vielmehr kann sich hier der Wohnsitz in blossen Aufenthalt (B 48) umwandeln; vergl. BE XXVII (1), 12; ebenso Jaeger Art. 46, N. 3. Einen Ausnahmefall siehe unten sub V, Ziff. 2.

[17]) In diesem Sinne auch BE XXV (1), 51.

[18]) Vergl. darüber Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 über die persönliche Handlungsfähigkeit Art. 1, 2, 3, 7. Die nähern Bestimmungen über die elterliche und ehemännliche Gewalt enthält gegenwärtig noch das kantonale Recht; vergl. Huber: System Bd. I, S. 246 ff und 437 ff. Für das künftige Recht ZGB 162, 279.

der sog. geordneten Vormundschaft, d. h. der Bevormundung.[19]) Notwendig ist also immer, dass es sich um die Vertretung eines Handlungsunfähigen oder doch wenigstens in seiner Handlungsfähigkeit Beschränkten handelt.[20]) In diesen Fällen befindet sich der betreibungsrechtliche Wohnsitz des Schuldners am Wohnsitz seines gesetzlichen Vertreters, wobei natürlich der betreibungsrechtliche Wohnsitz (B 46) gemeint ist. Die Betreibung ist am Wohnsitz des Vertreters zu führen, und es sind diesem auch die Betreibungsurkunden zuzustellen (B 47, Al. 1; vergl. § 15, III, Ziff. 2 hievor). Der betreibungsrechtliche Wohnsitz des formell Handlungsunfähigen trifft also mit dem zivilrechtlichen nur da zusammen, wo es sich um die natürliche Vormundschaft (elterliche und ehemännliche Gewalt) handelt, indem dabei in beiden Fällen der Wohnsitz des Vertreters auch denjenigen des Vertretenen darstellt (Bundesgesetz vom 25. Juni 1891, Art. 4, Al. 1 und 2; ZGB 25, Al. 1). Bei der verordneten Vormundschaft dagegen befindet sich der zivilrechtliche Wohnsitz des Mündels nicht, wie der betreibungsrechtliche, am Wohnsitz des Vormundes, sondern am Sitze der Vormundschaftsbehörde.[21])

b. Ist der gesetzliche Vertreter noch nicht ernannt, so erfolgt die Betreibung am Amtssitze derjenigen Behörde, welcher die Ernennung oder die vorläufige Sorge für die Vermögensverhältnisse des Schuldners obliegt, und es sind ihr die Betreibungsurkunden zuzustellen

---

[19]) Vergl. darüber Bundesgesetz vom 22. Juni 1881, Art. 5. Auch hier ist innerhalb der bundesrechtlichen Grenzen gegenwärtig noch das kant. Recht massgebend; vergl. Huber: System Bd. I, S. 551 ff; für das künftige Recht ZGB 360 ff.

[20]) Nicht hieher gehört der curator absentis; vergl. § 15, Note 17 hievor.

[21]) Vergl. Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 über die zivilrechtl. Verhältnisse d. Niedergelassenen und Aufenthalter Art. 4, sowie ZGB 25. Trotzdem das zit. Bundesgesetz jünger ist als B, hat sein Art. 4 B 47, Al. 1 nicht modifiziert, da er nur auf die zivilrechtlichen und nicht auf die betreibungsrechtlichen Verhältnisse Bezug nimmt; so auch Jaeger Art. 47, N. 4 und BE XXIII, 257.

(B 47, Al. 2). Als solche Behörde wird regelmässig die zuständige Vormundschaftsbehörde in Betracht kommen (vergl. ZGB 385), und es stellt also im vorliegenden Falle ihr Amtssitz den betreibungsrechtlichen Wohnsitz des Schuldners dar.[21a]) Hiezu ist aber erforderlich, dass zwar die formelle Handlungsunfähigkeit noch nicht endgültig festgestellt und ein gesetzlicher Vertreter noch nicht ernannt ist, dass aber von kompetenter Seite bereits die nötigen Schritte zur Veranlassung dieser Massnahme getan sind.[22]) Auf blosse Vermutung der materiellen Handlungsunfähigkeit des Schuldners hin dürfen die Betreibungsbehörden nicht nach Massgabe von B 47, Al. 2 vorgehen.

c. Eine Ausnahme von der bisher aufgestellten Regel macht der Gesetzgeber für den Fall eines selbständigen Geschäftsbetriebes des unter gesetzlicher Vertretung stehenden Schuldners. B 47, Al. 3 (ZGBE 60) schreibt vor: «Für Forderungen jedoch, welche aus einem gemäss Art. 34 und 35 OR (ZGB 167 und 412) bewilligten Geschäftsbetriebe herrühren, ist die Betreibung gegen den Schuldner selbst am Orte des Geschäftsbetriebes zu führen». Dies betrifft:

aa. Die Ehefrau, welche mit ausdrücklicher oder stillschweigender Bewilligung des Ehemanns einen Beruf oder ein Gewerbe ausübt (OR 35, Al. 1; ZGB 167, Al. 1), bezw. vom Richter zur Ausübung eines solchen ermächtigt wurde (ZGB 167, Al. 2);

bb. die in ihrer Vertragsfähigkeit beschränkte Person, welcher von ihrem gesetzlichen Vertreter der selbständige Betrieb eines Berufes oder Ge-

---

[21a]) Zuständig ist die Vormundschaftsbehörde des bisherigen Wohnsitzes der zu bevormundenden Person (Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 Art. 10, 12; ZGB 376).

[22]) So auch Jaeger Art. 47, N. 7. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Bevogtungsurteil zwar gefällt, aber noch nicht rechtskräftig ist; vergl. BE XXX (1), 71. Schon bei gestelltem Bevogtungsgesuch nimmt dies — etwas weitgehend — an BE XXV (1), 51. Jedenfalls genügt die vorläufige Einstellung in der Vermögensverwaltung. Die bern. Praxis rechnet diesen Fall bereits unter B 47, Al. 1; vergl. ZBJV XXXVIII, S. 167.

werbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet wurde (OR 34). ZGB 412, worauf B 47 in neuer Fassung hinweist, schreibt hierüber vor: «Der Bevormundete, dem die Vormundschaftsbehörde den selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, kann alle Geschäfte vornehmen, die zu dem regelmässigen Betrieb gehören, und haftet hieraus mit seinem ganzen Vermögen». Nach der neuen Fassung von B 47, Al. 3 kämen also hier nur Bevormundete, nicht aber Minderjährige, welche unter elterlicher Gewalt stehen, in Betracht. Da aber gemäss ZGB 280, Al. 1 das Kind unter elterlicher Gewalt die gleiche beschränkte Handlungsfähigkeit hat wie eine bevormundete Person, wird wohl vorkommenden Falles eine analoge Anwendung der Vorschriften in ZGB 412, bezw. B 47, Al. 3 zulässig sein. Jedenfalls aber wird nach dem neuen Recht nicht mehr die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, sondern nur diejenige der Vormundschaftsbehörde genügen.

In allen diesen Fällen begründet eine eigene Geschäftstätigkeit des Handlungsunfähigen den in B 47, Al. 3 vorgesehenen Betreibungsort nur dann, wenn die in Betreibung liegende Forderung aus dem bewilligten Geschäftsbetriebe resultiert.

d. Für den Fall endlich, dass der gesetzliche Vertreter des Schuldners im Ausland wohnt, stellt das Gesetz keine besondere Vorschrift auf. Da aber der Natur der Sache nach B 47, Al. 1 nicht anwendbar ist, so bleibt nichts anderes übrig, als den Schuldner, wenn er sich in der Schweiz aufhält, gemäss B 48 am Aufenthaltsort zu betreiben.[23]) Hat aber der Schuldner auch seinen Aufenthalt im Ausland, so kann er in der Schweiz überhaupt nicht betrieben werden.

3. Der betreibungsrechtliche Wohnsitz der im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen und Gesellschaften (Kollektivgesell-

[23]) Ebenso Jaeger Art. 47, N. 2; BE XXIII, 60, XXVII (1), 17, XXIX (1), 124, A VIII, 47. Die Zustellung der Betreibungsurkunden erfolgt aber auch hier an den Vertreter.

schaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommandit-Aktiengesellschaft, Genossenschaft, eingetragener Verein; vergl. B 39, Ziff. 5—9)[23a]) befindet sich an ihrem Sitze (B 46, Al. 2). Und zwar kommt dabei als Sitz derjenige Ort in Betracht, welcher als Hauptsitz der Unternehmung im Handelsregister eingetragen ist (vergl. OR 553, Ziff. 2; 591, Ziff. 3; 616, Ziff. 1; 621, Ziff. 1; 680, Ziff. 2 und 716, Al. 2). Die Betreibung am Sitze einer Zweigniederlassung oder Filiale ist regelmässig, auch wenn die letztere im Handelsregister eingetragen ist, nicht zulässig, da dies dem durch B 46 vertretenen Grundsatze der Einheit des Betreibungsortes widersprechen würde.[24])

4. Nicht im Handelsregister eingetragene juristische Personen sind am Hauptsitze ihrer Verwaltung zu betreiben (B 46, Al. 2). Hieher gehören einerseits die öffentlichrechtlichen juristischen Personen: Bund, Kantone und Gemeinden; andererseits die durch das kantonale Recht oder das ZGB geschaffenen juristischen Personen des Privatrechtes, wie Stiftungen etc. (vergl. ZGB 52 ff). Den Betreibungsort bildet hier der durch Verfassung, Gesetzgebung oder Statut bezeichnete ordentliche Hauptsitz der Verwaltung (vergl. ZGB

[23a]) Eine Änderung in der Eintragungspflicht der Vereine bringt nun ZGB 52 und 61.

[24]) Streitig könnte die Frage nur werden in Bezug auf private Versicherungsgesellschaften und Eisenbahngesellschaften, für welche durch die Verwaltungsgesetzgebung der Grundsatz aufgestellt wird, dass sie in jedem Kanton, welcher durch ihre Unternehmung berührt wird, bezw. in welchem sie ihr Geschäft betreiben, ein Domizil zu verzeigen haben, an welchem sie von den Einwohnern des betr. Kantons gleich wie an ihrem Hauptdomizil belangt werden können (vergl. Bundesgesetz vom 23. Dez. 1872 über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen, Art. 8, Al. 2 und Bundesgesetz vom 30. Juni 1885 betr. die Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens, Art. 2, Ziff. 4). Da aber diese Vorschriften in B nicht vorbehalten sind, so können sie bloss für das Prozessrecht Geltung haben und keine Abänderung der betreibungsrechtlichen allgemeinen Bestimmungen bewirken. Dagegen begründen sie für im Ausland domizilierte Gesellschaften in der Schweiz einen besonderen Betreibungsort gemäss B 50; ebenso Jaeger Art. 46, N. 9.

56). Dabei frägt es sich, ob der in B 46, Al. 2 aufgestellte Grundsatz ausschliesslich wirkt, d. h. ob es nicht dem Verwaltungsrecht des Bundes und der Kantone freisteht, neben dem Hauptsitze eines derartigen Organismus auch noch andere Betreibungsorte zu bezeichnen. Für die öffentlichrechtlichen Korporationen darf das letztere bejaht werden. Dass nämlich der Bund zu derartigen gesetzgeberischen Verfügungen jederzeit das Recht hat, ist selbstverständlich.[25]) Aber auch das kantonale Verwaltungsrecht konnte durch B in dieser Hinsicht nicht eingeschränkt werden, da hiezu Art. 64 BV die nötige verfassungsmässige Grundlage nicht abgibt. Die kantonalen Rechte sehen denn auch für gewisse staatliche Unternehmungen (Kantonalbanken, Versicherungsanstalten etc.) eigene, vom Hauptsitze der staatlichen Verwaltung verschiedene Domizile vor, und es muss an diesen Orten auch die Betreibung des Staates für Ansprüche aus diesen Unternehmungen zugelassen werden.[26]) Bei den privatrechtlichen juristischen Personen dagegen ist jede Abweichung von der Regel in B 46, Al. 2 ausgeschlossen.

5. Hinsichtlich der Gemeinderschaften, wie sie nun durch ZGB 336 ff. geschaffen werden, schreibt B 46, Al. 3 (ZGBE 60) vor: «Für die Schulden aus einer Gemeinderschaft kann in Ermanglung einer Vertretung jeder Gemeinder am Orte der gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit betrieben werden.» Dieser Ort wird sich entweder aus dem Gründungsvertrag (ZGB 347) oder aber aus den tatsächlichen Verumständungen ergeben.

Der in B 46, Al. 3 vorgesehene Betreibungsort ist massgebend, gleichviel ob die Gemeinderschaft gemäss ZGB 341 ein Haupt gewählt hat, welchem die Vertretung des Ganzen zukommt, oder aber ob die Vertretung mangels eines solchen Hauptes gemäss ZGB 340 von den Gemeindern gemeinsam geführt wird.

---

[25]) Vergl. hinsichtlich der Eisenbahnen Bundesgesetz vom 15. Okt. 1897 über die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes, Art. 12.

[26]) Dagegen Jaeger Art. 46, N. 11.

IV. Die besondern Betreibungsorte.

Der Natur der Sache nach kann — im Gegensatz zu dem allgemeinen Betreibungsorte — für die Bestimmung der besondern Betreibungsorte kein einheitlicher Grundsatz aufgestellt werden. Dieselben sind vielmehr im Gesetze für alle diejenigen Fälle vorgesehen, in welchen das Platzgreifen des allgemeinen Betreibungsortes als unzweckmässig erscheint. Ihre nähere Bestimmung ist denn auch den praktischen Bedürfnissen des einzelnen Falles angepasst.

1. Der Betreibungsort des Aufenthaltes ist gegenüber denjenigen Schuldnern gegeben, bei welchen ein allgemeiner Betreibungsort fehlt. Schuldner, welche keinen festen Wohnsitz haben, können da betrieben werden, wo sie sich aufhalten (B 48).

Die tatsächliche Voraussetzung der Anwendbarkeit dieses Betreibungsortes ist aber nicht schon dann erfüllt, wenn der Schuldner in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat. Es darf vielmehr auch im Ausland kein solcher bestehen, indem sonst, gemäss dem in B 46, Al. 1 enthaltenen Grundsatz der territorialen Begrenzung (vergl. oben III im Anfang), eine Betreibung in der Schweiz regelmässig ausgeschlossen ist.[27]) Ein fester Wohnsitz im Sinne des Gesetzes fehlt dann, wenn in Bezug auf den Schuldner überhaupt nirgends ein Ort existiert, an dem der letztere mit der Absicht, dauernd zu verbleiben, wohnt, und wenn der Schuldner auch keinen gesetzlichen Vertreter in der Schweiz besitzt.[28]) Ein fester Wohnsitz geht namentlich denjenigen Personen ab, deren Beruf oder Lebensweise ein beständiges Herumziehen von Ort zu Ort bedingen, also regelmässig Handwerksburschen, herumziehende Musikanten etc.[29])

---

[27]) Ebenso auch BE XXIII, 135, XXIV (1), 102 und Jaeger, Art. 48, N. 1.

[28]) Das Vorhandensein eines gesetzlichen Vertreters im Ausland ist belanglos; vergl. oben IV, Ziff. 2, lit. c und die in Note 23 zit. Entscheide.

[29]) Weitere Beispiele mit Judikatur bei Jaeger Art. 48, N. 2.

Der Mangel eines festen Wohnsitzes darf regelmässig vermutet werden, sofern ihn Beruf oder Lebensweise des Schuldners als wahrscheinlich erscheinen lassen, indem es meistens dem Gläubiger unmöglich sein würde, für diese rein negative und zudem teilweise im subjektiven Willen des Schuldners begründete Tatsache einen Beweis zu erbringen. Sache des Schuldners ist es dann, auf dem Beschwerdewege nachzuweisen, dass er wirklich einen festen Wohnsitz hat.[30])

2. In seinen tatsächlichen Voraussetzungen mit dem soeben genannten nahe verwandt ist der Betreibungsort des flüchtigen Schuldners. Als flüchtig kann ein Schuldner dann betrachtet werden, wenn er unter Anzeichen, welche auf ein Entweichen deuten, seinen bis herigen Wohnsitz oder Aufenthaltsort verlässt, ohne in der Schweiz einen neuen Wohnsitz oder wenigstens einen mehr oder weniger festen Aufenthaltsort zu wählen. Die Wahl eines neuen Wohnsitzes im Ausland genügt nicht.[31]) In einem derartigen Falle wird aber die Durchführung eines Einleitungsverfahrens regelmässig nicht möglich sein, und es kann deshalb die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung gemäss B 190 verlangt werden. Zur Bestimmung des für die letztere massgebenden Ortes schreibt B 54 vor: «Gegen einen flüchtigen Schuldner wird der Konkurs an dessen letztem Wohnsitz eröffnet.» Ein allfälliger letzter Aufenthaltsort fällt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Betracht, eine Lücke, welche wohl gegebenen Falles durch die Praxis ergänzt werden dürfte.

3. Ein Betreibungsort des im Ausland wohnenden Schuldners ist in der Schweiz nur ausnahmsweise

---

[30]) Ebenso Martin S. 40 und Jaeger Art. 48, N. 3, der aber bei erbrachtem Nachweis des festen Wohnsitzes die Betreibung auch ohne Beschwerde durch den Betreibungsbeamten aufheben lassen will. Eine solche Befugnis besitzt aber wohl höchstens die Aufsichtsbehörde (vergl. unten V, Ziff. 1).

[31]) In diesem Sinne auch BE XXV (1), 65 und Jaeger Art. 54, N. 1.

gegeben, indem der letztere regelmässig dem schweizerischen Gesetz nicht untersteht (vergl. oben III im Anfang). Eine derartige Ausnahme findet unter drei verschiedenen Voraussetzungen statt, nämlich:

a. Beim Vorhandensein einer Geschäftsniederlassung in der Schweiz. Im Ausland wohnende Schuldner, welche in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung besitzen, können für die auf Rechnung der letztern eingegangenen Verbindlichkeiten am Sitze der letztern betrieben werden (B 50, Al. 1).[32]) Voraussetzung ist also in erster Linie, dass der Schuldner in der Schweiz geschäftlich tätig ist und für diese Tätigkeit hier einen lokalen Mittelpunkt (Geschäftsniederlassung) besitzt;[33]) unerheblich ist dagegen Umfang und Art der Geschäftstätigkeit, sowie die rechtliche Bedeutung der Geschäftsniederlassung (Haupt- oder Zweigniederlassung).

Dieser Betreibungsort dient aber nur für die Vollstreckung solcher Verbindlichkeiten, welche für Rechnung der schweizerischen Geschäftsniederlassung eingegangen sind. Nicht vollstreckbar sind demnach hier einerseits nichtgeschäftliche Schulden und anderseits Geschäftsschulden welche mit der genannten Geschäftsniederlassung in keinem Zusammenhang stehen.[34])

---

[32]) Dieser Grundsatz findet jedenfalls auch auf einen in Frankreich wohnenden Franzosen Anwendung; nur muss in diesem Falle gemäss Art. 6 des Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869 der Konkurs in Frankreich eröffnet werden; vergl. Jaeger Art. 50, N. 1 und Reichel, a. a. O. A II, 75.

[33]) Als vorhanden darf sie jedenfalls angenommen werden, wenn der Schuldner hier eine eigene Geschäftsstelle hat, welche eine eigene Betriebsleitung und eine gewisse ökonomische Selbständigkeit aufweist. Persönliche Anwesenheit des Schuldners in der Schweiz ist nicht erforderlich; vergl. Blumenstein a. a. O. A XII, 90.

[34]) Die Bestreitung des Vorhandenseins einer Geschäftsniederlassung geschieht auf dem Beschwerdeweg, diejenige des Charakters der Verbindlichkeit gemäss B 50, Al. 1 durch Rechtsvorschlag, da es sich im erstern Falle um eine Frage des Verfahrens, im letztern aber um eine solche des Bestandes der Forderung handelt; vergl. BE XXIV (1), 102.

b. Im Ausland wohnende Schuldner, welche in der Schweiz ein Spezialdomizil zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gewählt haben, können für diese Verbindlichkeit am Orte dieses Spezialdomizils betrieben werden (B 50, Al. 2).[35]) Ein solches Spezialdomizil ist als vorhanden anzunehmen einerseits bei Bezeichnung eines Ortes, an welchem eine spezielle Leistung erfolgen soll, z. B. Wechseldomizil gemäss OR 743, 764, 828;[36]) anderseits aber bei der Wahl eines allgemeinen Vertragsdomizils, an welchem alle aus dem Vertrag resultierenden Verpflichtungen erfüllt werden sollen.[37]) Kein Spezialdomizil im Sinne des Gesetzes wird begründet durch freiwillige oder durch die Prozessordnung vorgeschriebene Wahl eines Prozessdomizils, sowie durch Bestellung eines Spezialbevollmächtigten.[38])

c. Einen Betreibungsort des im Ausland wohnenden Schuldners kann auch der Arrestort gemäss B 52 darstellen, sofern es sich um einen Ausländerarrest handelt (vergl. unten Ziff. 6).[38a])

4. Der Betreibungsort der Erbmasse kann als solcher nur da vorkommen, wo eine Betreibung gegen die Erbmasse als eigenes Betreibungssubjekt möglich ist (vergl. § 15, III, Ziff. 4, lit. a hievor). Er befindet sich an demjenigen Orte, an welchem der Verstorbene zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte. B 49 schreibt darüber vor: «Wenn nach dem kantonalen Recht die Bestandteile einer Verlassenschaft eine besondere Masse bilden, die zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger dienen soll, so wird die Betreibung in der auf den Verstorbenen anwendbaren Art gegen die Erbmasse an dem Orte geführt, wo der Verstorbene zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte» (vergl. § 15, III, Ziff. 4, lit. a hievor).

---

[35]) Gilt auch für den in Frankreich wohnenden Schuldner; vergl. Gerichtsstandsvertrag Art. 3 und oben Note 32.

[36]) Ebenso A III, 2 und Reichel Art. 50, N. 1.

[37]) Betreiben kann aber an diesem Orte niemand als der berechtigte Vertragskontrahent; vergl. BE XXIII, 135.

[38]) Vergl. A III, 80; BE XXIV (1), 102; Jaeger Art. 50, N. 8; Reichel Art. 50, N. 1.

[38a]) Vergl. dazu Blumenstein, a. a O., A XII, 90.

5. Der Betreibungsort der gelegenen Sache kann begrifflich nur da gegeben sein, wo die zur Befriedigung des Gläubigers dienenden Vermögensgegenstände bereits vor Anhebung der Betreibung ihrem Wesen nach bestimmt sind. Denn die lokale Zugehörigkeit dieser Gegenstände soll eben den Betreibungsort umschreiben. Wir können hiebei drei Fälle unterscheiden: Einen fakultativen, einen obligatorischen und einen bloss durch die Praxis bestimmten Betreibungsort der gelegenen Sache.

a. Fakultativ ist der Betreibungsort der gelegenen Sache bei der Betreibung für eine durch Faustpfand versicherte Forderung, wobei es sich immer nur um die Betreibung auf Pfandverwertung handeln kann: Haftet für die Forderung ein Faustpfand, so kann die Betreibung entweder am Wohnsitz des Schuldners oder am Orte, wo sich das Pfand oder der wertvollste Teil desselben befindet, angehoben werden (B 51, Al. 1). Es liegt also hier in der Wahl des Gläubigers, welchen von zwei Betreibungsorten er wählen will: Den Ort der gelegenen Sache[39]) oder den Wohnsitz des Schuldners. Diese Wahl kann aber nur dann ausgeübt werden, wenn neben dem besondern Betreibungsort der gelegenen Sache ein allgemeiner Betreibungsort des Schuldners, d. h. ein fester Wohnsitz desselben in der Schweiz wirklich vorhanden ist. Andernfalls bleibt eben nur die Betreibung am Ort der Pfandsache übrig.[40]) Eine Bedeutung hat diese Wahl übrigens nach dem Wortlaut in B 51 nur für die Anhebung der Betreibung. Die Durchführung, namentlich die Verwertung des Pfandes kann immer auch an dem nicht gewählten Ort der gelegenen

[39]) Ist der Pfandgegenstand eine Forderung, so nimmt die neuere bundesgerichtliche Praxis an, dass sie sich am Wohnort des Pfandberechtigten und nicht an demjenigen des Forderungsgläubigers befindet; vergl. BE XXXII (1), 117, 120.

[40]) Jaeger Art. 51, N. 4 will mangels eines Wohnsitzes auch am Orte des Aufenthaltes oder der Geschäftsniederlassung betreiben lassen. Der Wortlaut in B 51 schliesst aber eine solche Wahl aus, und es ist auch nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber zwei verschiedene spezielle Betreibungsorte miteinander konkurrieren lassen wollte.

Sache geschehen, was sich namentlich dann empfehlen wird, wenn die Pfandsache von ihrem Aufbewahrungsort an den Wohnsitz des Schuldners transportiert werden müsste. Hier wird vielmehr regelmässig die Versteigerung im Wege der Requisition am erstern Orte vorzunehmen sein.[41])

b. Obligatorisch ist der Betreibungsort der gelegenen Sache bei der Betreibung auf Pfandverwertung für eine grundpfandversicherte Forderung. Für diese findet die Betreibung da statt, wo das verpfändete Grundstück liegt. Wenn die Betreibung sich auf mehrere, in verschiedenen Betreibungskreisen gelegene Grundstücke bezieht, ist dieselbe in demjenigen Kreise zu führen, in welchem der wertvollste Teil der Grundstücke liegt (B 51, Al. 2). Eine Ausnahme von diesem Obligatorium findet in Bezug auf grundpfändlich versicherte Zinsen und Annuitäten statt. Hier hat gemäss B 41, Al. 2 der Gläubiger die Wahl, ob er auf Pfandverwertung, oder, je nach der Person des Schuldners, auf Pfändung oder Konkurs betreiben will. Ergreift er die letztere Alternative, so muss natürlich die Betreibung an dem für den Schuldner persönlich massgebenden Betreibungsort angehoben werden.[42])

c. Einen lediglich durch die Praxis, nicht durch das Gesetz geschaffenen Betreibungsort der gelegenen Sache können wir in Bezug auf öffentlichrechtliche Ansprüche des kantonalen Rechtes konstatieren.

Für derartige Ansprüche braucht nämlich in einem andern Kanton gemäss B 80, Al. 2 weder Rechtsöffnung erteilt zu werden, noch auch können dieselben behufs Beseitigung eines erhobenen Rechtsvorschlages vor den ordentlichen Gerichten eines andern Kantons eingeklagt werden, weil zur Entscheidung darüber nur die Behörden des steuerbeziehenden Kantons zuständig sind (vergl. § 26, III, Ziff. 3 hienach). Wenn deshalb in derartigen Fällen der

[41]) Vergl. BE XXXI (1), 128.
[42]) Vergl. BE XXVI (1), 27.

Schuldner nicht im Bezugskanton wohnt, so wären bei strikter Anwendung der in B 46 und 47 aufgestellten Grundsätze diese Ansprüche auf dem Schuldbetreibungswege regelmässig nicht vollstreckbar. Eine andere Art der Vollstreckung steht aber den Kantonen nicht zu Gebote, da gemäss B 43 auch öffentlichrechtliche Geldforderungen auf dem Wege der Schuldbetreibung zu vollstrecken sind.[43]) Um nun aber auch in derartigen Fällen die Vollstreckung zu ermöglichen, hat die bundesgerichtliche Praxis von jeher festgestellt, dass hinsichtlich öffentlichrechtlicher Forderungen die in B 46 und 47 enthaltenen Vorschriften über den allgemeinen Betreibungsort am Wohnsitz des Schuldners nicht anwendbar seien. Die Betreibung kann hiefür vielmehr im Bezugskanton selbst angehoben werden, auch wenn der Schuldner dort keinen Wohnsitz hat.[44]) Begründet wird dies damit, dass sich gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis die Garantie des Art. 59 BV, mit Rücksicht auf welche der Betreibungsort des Wohnsitzes vorgesehen worden sei, nur auf zivilrechtliche und nicht auf öffentlichrechtliche Ansprüche beziehe;[45]) für die letzteren könne deshalb durch die Kantone ein eigener Betreibungsort bezeichnet werden.

Die nächstliegende Folgerung aus dieser Motivierung

---

[43]) Vergl. auch BE XXIII, 64. Im bundesrätlichen Entwurf vom 23. Febr. 1886, Art. 193 waren besondere Bestimmungen enthalten, welche den Kantonen das Recht einräumten, die Zulassung des Rechtsvorschlages in diesen Fällen an gewisse Bedingungen zu knüpfen. Die Bestimmung wurde aber nicht in das Gesetz aufgenommen.

[44]) Vergl. BE XXII, 59, XXIII, 64, 257, XXV (1), 90, 120; dazu v. Salis: Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldansprüche, A V, 83; Kirchhofer: Soll die Rechtshülfe unter den Kantonen bundesrechtlich auf die Vollstreckung von Steueransprüchen ausgedehnt werden? Referat am schweiz. Juristentag 1907, ZschwR NF, XXIV, 531 ff.; Klöti: Die Eintreibung von Steuern nach dem eidg. Betreibungsgesetz, Schweiz. Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung Bd. III, S. 1 ff.; Jaeger Art. 47, N. 3.

[45]) Vergl. mit Bezug auf die angerufene Praxis BE VI, 71, X, 70, XVII, 60, XVIII, 7; nun auch Burckhardt: Kommentar S. 604 ff.

ist nun aber die, dass ein besonderer, von den Vorschriften in B 46, 47 abweichender Betreibungsort nur dann gegeben ist, wenn er durch den betreffenden Kanton ausdrücklich vorgesehen wird, was aber nicht notwendigerweise durch gesetzliche Bestimmung geschehen muss, sondern auch durch konstante Praxis statuiert werden kann.[46]) Damit aber überhaupt im Bezugskanton Betreibung angehoben werden kann, ist notwendig, dass hier ein Substrat für diese Betreibung vorhanden sei, was nur dann der Fall ist, wenn der Schuldner, welcher selbst nicht im Kanton wohnt, hier wenigstens Vermögen, d. h. irgendwelche Gegenstände besitzt, welche von der Zwangsvollstreckung ergriffen werden können.[47]) Die Betreibung kann nun aber, wenn der Schuldner im Kanton keinen Wohnsitz und auch keinen Aufenthalt hat, nur an dem Orte geführt werden, wo sich die zu pfändenden Gegenstände befinden. Dadurch entsteht also auch hier ein besonderer Betreibungsort der gelegenen Sache. Hiezu sind nach dem Ausgeführten folgende Voraussetzungen notwendig:

aa. Es muss sich um einen öffentlichrechtlichen Anspruch gemäss B 43 handeln;

bb. der Schuldner darf im Kanton keinen Wohnsitz gemäss B 46, 47 haben, und es dürfen ihm gegenüber auch die Voraussetzungen eines besondern Betreibungsortes nicht gegeben sein;

cc. Der Schuldner muss im betreffenden Kanton Vermögen besitzen.

6. Der Betreibungsort des Arrestes schliesst sich an denjenigen der gelegenen Sache eng an, da er streng genommen nur ein besonders gearteter Spezialfall

---

[46]) Vergl. die in Note 44 zit. Entscheide und ferner A XI, 84. Notwendig ist also die Schaffung eines besondern Betreibungsortes durch die kantonale Gesetzgebung nicht; vergl. BE XXVII (1), 67.

[47]) Die Notwendigkeit dieses Requisites wird in Abrede gestellt in BE XXVII (1), 37, obgleich das Bundesgericht mehrmals selbst betonte, dass eine solche Betreibung im Kanton selbst durchführbar sein müsse, dass sie namentlich nicht das in andern Kantonen liegende Vermögen ergreifen könne; vergl. BE XXII, 60, XXV (1), 120.

des letztern bildet. Ist nämlich für eine Forderung Arrest gelegt, so wird die Betreibung da angehoben, wo sich der Arrestgegenstand befindet (B 52).

Voraussetzung dieses Betreibungsortes ist also ein vollzogener Arrest. Sobald, aber auch nur solange ein solcher besteht, ist die Betreibung am Arrestort zu führen.[48]) Aus der Natur der Sache folgt dabei, dass es sich nur um eine Betreibung handeln kann, welche nach vollzogenem Arrest gemäss B 278, Al. 1 angehoben wird. Wurde bereits vor vollzogenem Arrest an einem andern gegenüber dem Schuldner gegebenen Betreibungsort die Betreibung angehoben, so ist eine neue Anhebung am Arrestort nicht nötig, und ebensowenig eine Uebertragung der Fortsetzung der angehobenen Betreibung an den Arrestort.[49])

Die Wirkung dieses Betreibungsortes ist im Gegensatz zu andern insofern eine beschränkte, als die Fortsetzung der angehobenen Betreibung hier nur vorgenommen werden kann, wenn sie im Wege der Pfändung, nicht aber, wenn sie im Wege der Konkursbetreibung vor sich zu gehen hat. Die Konkursandrohung und die Konkurseröffnung können nach B 52 vielmehr nur da erfolgen, wo ordentlicherweise die Betreibung stattzufinden hat; also entweder am Wohnort oder am Aufenthaltsort, bezw. — gegenüber dem im Ausland wohnenden

---

[48]) Vergl. BE XXIII, 259, XXV (1), 7, XXVI (1), 20, XXXII (1), 89. Dass aber der Arrest auch gerechtfertigt oder gültig vorgenommen sei, ist zur Begründung des Betreibungsortes nicht erforderlich; vergl. BE XXXII (1), 84. Streitig ist die Frage, ob, wenn gegen einen in Frankreich wohnenden Franzosen ein Arrest tatsächlich gelegt ist, am Arrestort gültig Betreibung angehoben werden kann. Die Frage ist richtigerweise zu verneinen. Da nämlich der Arrest mit Rücksicht auf Art. 1 des Gerichtsstandsvertrages nicht gestattet ist, so kann auch die Betreibung nicht zulässig sein, weil durch sie eventuell der Franzose gezwungen würde, sich vor den schweiz. Gerichten einzulassen; vergl. BE XXIII, 210; dagegen A II, 123, III, 21.

[49]) Vergl. BE XXV (1), 120; ZBJV XXXV, S. 339. Das Gegenteil wäre nur dann anzunehmen, wenn zur Zeit des Fortsetzungsbegehrens die Voraussetzungen des frühern Betreibungsortes nicht mehr gegeben wären (vergl. unten V, Ziff. 2).

Schuldner — am Ort der Geschäftsniederlassung oder des erwählten Spezialdomizils (B 46, 47, 48, 50). Am Arrestort ist eine Konkurseröffnung unter keinen Umständen zulässig, also auch dann nicht, wenn der Schuldner die Konkurseröffnung durch eigene Insolvenzerklärung gemäss B 191 herbeiführt.[50]) Dies liegt auch in der Natur der Sache, da der Arrest als solcher durchaus den Charakter einer Massnahme der Spezialexekution trägt.

Der Wortlaut von B 52 verlangt nicht einmal, dass die Betreibung auf Pfändung am Arrestort durchgeführt wird. Wenn sich deshalb der am Arrestort vorgenommenen Pfändung noch andere Gläubiger gemäss B 110, 111 anschliessen und in der Folge noch am Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Schuldners weitere Gegenstände gepfändet werden, so steht jedenfalls einer Verlegung der Betreibung an diesen Ort, sofern er den für den Schuldner, abgesehen von der Arrestlegung, zutreffenden Betreibungsort darstellt, nichts im Wege.[51])

V. Die rechtliche Bedeutung des Betreibungsortes.

Aus der ganzen Anordnung unseres Gesetzes geht hervor, dass es die Betreibungsorte abschliessend und nicht etwa bloss beispielsweise aufzählen will. Die Anhebung oder Durchführung einer Schuldbetreibung an andern als an den im Gesetz genannten Orten ist deshalb — abgesehen von dem oben sub III, Ziff. 5, lit. c genannten Falle — schlechtweg ausgeschlossen. Dagegen ist noch zu untersuchen, welche rechtliche Bedeutung der vom Gesetze vorgenommenen Bestimmung des Betreibungsortes für den einzelnen Fall zukommt.

1. Die Bedeutung der Bestimmung im allgemeinen beruht darin, dass die gegebene Festsetzung absolut wirkt. Es kann, wo das Gesetz nicht selbst eine Wahl

[50]) So richtig BE XXXII (1), 4; dagegen Jaeger Art. 52, N. 7.

[51]) Vergl. A III, 110. Umgekehrt kann der Gläubiger, welcher vor der Arrestlegung Betreibung anhob, nach vollzogenem Arrest am Arrestort weiterbetreiben.

gestattet, gültig nur an dem festgesetzten Orte betrieben werden. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaute in B 46, 47, 49, 51, Al. 2 und 52: «Der Schuldner ist.... zu betreiben»; «die Betreibung ist.... zu führen» («wird angehoben», «findet statt»). [52]) Es folgt aber auch aus der öffentlichrechtlichen Natur dieser Bestimmungen. So wenig die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren als bloss fakultativ aufgefasst werden dürfen, ebensowenig kann dies in Bezug auf den Ort, an welchem dieses Verfahren stattzufinden hat, der Fall sein.

Daraus resultiert in erster Linie, dass den Parteien eine vertragsmässige Festsetzung des Betreibungsortes (Prorogation) nicht zusteht. [53]) Der Betreibungsbeamte hat vielmehr nicht nur seine sachliche, sondern auch seine örtliche Kompetenz von Amtes wegen zu prüfen und die verlangte Betreibung nur dann anzuheben, wenn beide gegeben sind. Der Beamte kann auf eine Prüfung seiner örtlichen Kompetenz auch noch im Verlauf des Verfahrens eintreten. [54])

Der Schuldner kann eine am unrichtigen Orte angehobene Betreibung auf dem Beschwerdeweg — nicht etwa durch Rechtsvorschlag — anfechten, und es muss dieselbe daraufhin aufgehoben werden. [55]) Da aber, wie oben gezeigt, die Vorschriften über den Betreibungsort absolute

---

[52]) Aber auch der Ausdruck «können betrieben werden» (B 48 und 50) weist nicht auf eine dispositive Gesetzesbestimmung hin, sondern lediglich auf den Gegensatz zum allgemeinen Betreibungsort gemäss B 46, welcher eben in diesen Fällen der Natur der Sache nach nicht Platz greifen kann.

[53]) Ebenso Martin p. 37.

[54]) Vergl. A IV, 127; die Bedenken, welche Jaeger Art. 46, N. 2 gegen diesen Grundsatz äussert, scheinen mir nicht ausschlaggebend zu sein. Der Betreibungbeamte wird in der Prüfung seiner örtlichen Kompetenz auch nicht dadurch behindert, dass der Gläubiger den Betreibungsort selbst angab; unrichtig daher BE XXII, 120.

[55]) Vergl. A II, 1; und zwar kann der Schuldner gegen jeden neuen Betreibungsakt Beschwerde führen; vergl. Reichel Art. 46, N. 4, sowie A IV, 127. Zur Beschwerdeführung sind nur der Schuldner und der betreibende Gläubiger legitimiert, nicht aber ein Dritter, z. B. der Dritteigentümer des Pfandes, oder ein anderer Gläubiger des Schuldners; vergl. A IV, 87, VIII, 18.

Gültigkeit haben, eine im Widerspruch dazu vorgenommene Betreibung also schlechtweg ungültig ist, so muss die Aufsichtsbehörde, wenn ihr ein derartiger Fall bekannt wird, auch ohne Vorliegen einer Beschwerde von Amtes wegen die Aufhebung der vorgenommenen Betreibungshandlungen anordnen. Dieselben konvaleszieren nicht durch die in der Unterlassung der Beschwerde liegende, stillschweigende Einwilligung durch den Schuldner, sondern es verzichtet der letztere dadurch lediglich auf das formelle Recht der Beschwerdeführung. [56])

2. Die Wirkung des Betreibungsortes in zeitlicher Beziehung ist keine unbeschränkte in dem Sinne, dass der bei Anhebung der Betreibung zutreffende Betreibungsort schlechtweg auch für die ganze Durchführung der Betreibung massgebend wäre. Vielmehr muss für die Regel angenommen werden, dass, wenn zur Zeit der Vornahme einer spätern Betreibungshandlung der bei der Anhebung zutreffende Betreibungsort nicht mehr gegeben ist, die Fortsetzung der Betreibung an dem zur Zeit ihrer Vornahme in Betracht fallenden Betreibungsort stattfinden muss. Dies ist eine Folge der absoluten Gültigkeit der Vorschriften über den Betreibungsort. [57])

---

[56]) In diesem Sinne auch Jaeger Art. 46, N. 2 und wohl auch Reichel Art. 46, N. 4, sowie die frühere bundesrätliche Praxis; vergl. A II, 1, III, 73. Dagegen vertrat schon der Bundesrat in späteren Entscheiden die Ansicht, dass eine Aufhebung der am unrichtigen Orte geführten Betreibung von Amtes wegen nicht nötig sei, sondern dass die letztere durch Unterlassung der Beschwerde konvalesziere; vergl. A IV, 127. Ihm hat sich auch die bundesgerichtliche Praxis angeschlossen; vergl. A V, 86, 87, BE XXIX (1), 30. Sie ist jedoch insofern nicht konsequent, als sie die absolute Nichtigkeit (nullité de plein droit) annimmt bei Verstoss gegen B 47; vergl. BE XXV (1), 109.

[57]) Vergl. in diesem Sinne BE XXVI (1), 20 (für den Betreibungsort des Arrestes); A IV, 76 und V, 69 (für den Betreibungsort des Wohnsitzes). Eine Ausnahme hievon lässt die Praxis zu, wenn der neue Betreibungsort (Wohnort) unbekannt ist; vergl. BE XXII, 209; A II, 48, wobei aber vorausgesetzt wird, dass der Gläubiger alles getan habe, um den neuen Wohnsitz in Erfahrung zu bringen; vergl. eine analoge Auffassung in A II, 124.

Das Gesetz statuiert aber von dieser Regel eine Ausnahme, soweit es den Betreibungsort des Wohnsitzes (B 46, 47) betrifft, für den Fall, dass die Betreibung bereits ein gewisses Stadium erreichte. B 53 sieht nämlich vor: «Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz, nachdem ihm die Pfändung angekündigt oder nachdem ihm die Konkursandrohung oder der Zahlungsbefehl zur Wechselbetreibung zugestellt worden ist, so wird die Betreibung am bisherigen Orte fortgesetzt». Diese Ausnahme trifft also lediglich nur für den Fall zu, dass die Betreibung am Wohnorte des Schuldners, also am allgemeinen Betreibungsort angehoben wurde; dagegen nicht für den Fall der Anhebung an einem der besondern Betreibungsorte (B 48—52). Im fernern aber muss die Betreibung bereits so weit fortgeschritten sein, dass die Vornahme der eigentlichen Zwangsvollstreckung (Pfändung oder Konkurs) vom Gläubiger verlangt werden könnte. In allen andern Fällen greift der oben dargelegte Grundsatz Platz, wonach jede Fortsetzung der Betreibung an dem zur Zeit ihrer Vornahme zutreffenden Betreibungsort stattzufinden hat, sofern nicht etwa der Schuldner seinen bisherigen Wohnsitz zum Zwecke der Flucht verlassen hat, in welchem Fall gemäss B 54 die Konkurseröffnung am letzten Wohnsitz verlangt werden kann (vergl. IV, Ziff. 2 oben).

3. Eine Konkurrenz zwischen verschiedenen Betreibungsorten kann nach zwei Richtungen hin vorkommen:

a. Es können für die nämliche Betreibung nach dem Gesetz zwei Betreibungsorte in Betracht fallen. Hieher gehört vor allem der Fall der Betreibung für eine faustpfandversicherte Forderung, die gemäss B 51, Al. 1 nach der Wahl des Gläubigers entweder am Wohnsitz des Schuldners oder aber am Ort der gelegenen Sache vor sich gehen kann (vergl. IV, Ziff. 5, lit. a). Ferner haben wir eine solche Konkurrenz dann, wenn gegenüber einem Schuldner, welcher in der Schweiz einen allgemeinen oder aber einen anderweitigen besondern Betreibungsort hat, ein Arrest gelegt wird (B 52). In diesem Fall besteht kein Wahlrecht des Gläubigers, sondern es

ist am Arrestort zu betreiben (vergl. IV, Ziff. 6 oben). Eine Ausnahme von der Regel findet nur für den Fall statt, dass der Gläubiger schon vor der Arrestnahme für die betreffende Forderung an einem zulässigen Orte Betreibung angehoben hatte (vergl. oben Note 49).

b. Wird gegen den nämlichen Schuldner für verschiedene Forderungen an verschiedenen zutreffenden Betreibungsorten Betreibung angehoben, so nehmen diese Betreibungen regelmässig unabhängig voneinander ihren Fortgang.[58]) Eine Vereinigung derselben am nämlichen Orte hat aber unter zwei Voraussetzungen zu erfolgen:

aa. Im Falle der Betreibung auf Pfändung; wenn ein Gläubiger gemäss B 110 unter den im Gesetz genannten Bedingungen innerhalb gesetzlicher Frist den Anschluss an die für einen andern Gläubiger an einem andern Betreibungsort vorgenommene Pfändung verlangt.[59])

bb. Im Falle der Betreibung auf Konkurs. Der Konkurs kann in der Schweiz gegen den nämlichen Schuldner gleichzeitig nur an einem Orte eröffnet werden. Er gilt als da eröffnet, wo er zuerst erkannt wird (B 55). Ist demnach von den an verschiedenen zutreffenden Orten geführten Betreibungen eine bis zur Konkurseröffnung vorgerückt, so können und sollen auch die an andern Orten betreibenden Gläubiger an diesem Konkurse teilnehmen Ihre Betreibungen werden als solche nicht weiter geführt. Kommt es aber vor, dass an verschiedenen Orten gleichzeitig die Konkurseröffnung ausgesprochen wurde, so muss ebenfalls eine Vereinigung durchgeführt werden, und zwar an demjenigen Orte, wo das Konkurserkenntnis zeitlich zuerst gefällt wurde. Die zeitliche Folge verschiedener Konkurserkenntnisse kann ohne weiteres ermittelt werden, da das Konkursgericht verpflichtet ist, den Zeitpunkt der Konkurseröffnung im Konkurserkenntnis festzustellen (B 175, Al. 2). Die soeben erwähnte Vereinigung mehrerer Konkurse greift aber regelmässig nur dann Platz, wenn die verschiedenen

---

[58]) Vergl. auch Jaeger, Art. 55, N. 1.

[59]) Ebenso Jaeger, Art. 110, N. 2; vergl. A III, 125.

Konkurseröffnungen auf schweizerischem Gebiet stattfinden. Eine Rücksichtnahme auf im Ausland eröffnete Konkurse findet nur dann statt, wenn hierüber staatsvertragliche Abmachungen bestehen.[60])

Dritter Unterabschnitt.

Das Zeitmoment in der Schuldbetreibung.

§ 18.

Die Fristen.

I. Die rechtliche Natur.

Die Fristen spielen eine äusserst wichtige Rolle im Schuldbetreibungsrecht. Es gibt kaum eine Handlung von Belang im Verfahren, welche nicht mit einer Zeitbestimmung verbunden oder von einer solchen abhängig ist. Der Grund hiefür liegt namentlich darin, dass eine ordnungsgemässe Durchführung der betreibungsrechtlichen Äusserungen auch eine zeitliche Begrenzung derselben verlangt.

Da aber die Äusserungen und Wirkungen des Schuldbetreibungsverfahrens mannigfaltig gestaltet sind, so ist auch die rechtliche Natur der dazu gehörenden Fristen verschiedenartig. Die sämtlichen Zeitbestimmungen im B lassen sich einteilen in solche betreibungsrechtlicher und solche materiellrechtlicher Natur. Innerhalb dieser zwei Hauptgruppen jedoch treten wieder verschiedene Unterscheidungen hervor.

1. Rein betreibungsrechtlicher Natur sind die Ausführungsfristen, welche den im Schuldbetreibungsverfahren tätigen Behörden oder Organen zur Vornahme bestimmter Amtshandlungen gesetzt werden. Sie stellen den Zeitraum dar, innerhalb dessen eine amtliche Funktion regelmässig erfolgen soll. Solche Fristen werden im Gesetz namentlich den eigentlichen Vollstreckungsorganen (Betrei-

[60]) Vergl. Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869, Art. 69; dazu A I, 15 und Jaeger, Art. 55, N. 5.

bungsamt, Konkursamt und Konkursverwaltung) gesetzt (vergl. B 9, 71, Al. 1, 89, 90, 113, 120, 122, 127, Al. 1, 133, Al. 1, 134, Al. 2, 138, Al. 1, 142, Al. 1, 155, Al. 2, 161, Al. 1, 232, Ziff. 5, 247, 252, 257, 263, 270, 276, Al. 2); ferner sind sie auch für die im Verfahren mitwirkenden Gerichtsbehörden vorgesehen (vergl. B 84, 168, 181, 276, Al. 2); ebenso für den Sachwalter im Nachlassverfahren (vergl. B 300, 304) und ausnahmsweise für die Aufsichtsbehörden (B 20).

In Hinsicht auf die durch sie hervorgebrachte Wirkung sind diese Fristen als blosse Ordnungsfristen zu bezeichnen, d. h. sie sind lediglich gesetzt, um eine speditive Abwicklung der Geschäfte herbeizuführen. Ihre Nichteinhaltung übt deshalb auf die Gültigkeit der betreffenden Amtshandlung an sich keinen Einfluss aus, d. h. es ist eine solche gültig, trotzdem sie nach Ablauf der dafür vorgesehenen Frist vorgenommen wurde. Dagegen haben die beteiligten Personen ein Recht darauf, dass die in Frage stehende Massnahme rechtzeitig, d. h. binnen der gesetzlich vorgesehenen Frist vor sich geht. Sie können deshalb gegenüber dem säumigen Organ — sofern es sich um ein Betreibungs- oder Konkursamt, eine Konkursverwaltung oder den Sachwalter im Nachlassvertragsverfahren handelt — Beschwerde gemäss B 17 ff., und — wenn ihnen aus der Säumnis ein Schade erwuchs — eine Schadenersatzklage erheben.[1])

2. Ebenfalls rein betreibungsrechtlicher Natur sind die Zustandsfristen, welche die zeitlichen Grenzen eines betreibungsrechtlich relevanten Zustandes bestimmen. Als solche Zustände fallen in Betracht einmal bestimmte Eigenschaften des Schuldners (Dauer der Konkursfähigkeit des im Handelsregister Gelöschten, B 40), oder Eigenschaften gewisser Gegenstände (B 94: Unpfändbarkeit hängender oder stehender Früchte, B 286, 287: Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften); ferner gehören dazu die Wirkungen gewisser betrei-

[1]) Gegenüber dem Sachwalter kann sich dieselbe allerdings nicht auf B 5 stützen; vergl. B 295, Al. 3.

bungsrechtlicher Massnahmen und Handlungen (B 165, Al. 2: Güterverzeichnis, B 167: Rückzug des Konkursbegehrens, B 207, Al. 1: Prozesseinstellung durch Konkurseröffnung, B 295, Al. 1: Nachlasstundung).

Die rechtliche Bedeutung dieser Fristen beruht darin, dass der in Betracht fallende Zustand nur solange dauert, als die Frist währt. Mit ihrem Ablauf hört er von Gesetzes wegen zu existieren auf. Die Befristung bildet also in diesen Fällen ein konstitutives Moment des betreffenden Zustandes selbst, ein Tatbestandsmerkmal.[1a])

3. Komminatorische Fristen lassen sich diejenigen nennen, welche unter ausdrücklicher Androhung eines Rechtsnachteils dem Schuldner oder dritten Personen zur Vornahme einer Handlung gesetzt werden, die an sich nicht zum Verfahren als solchem gehört, wie freiwillige Zahlung seitens des Schuldners (B 69, Ziff. 2, 123, Al. 1, 152, 178, 282) und die Anmeldung von Rechten und Verbindlichkeiten durch dritte am Verfahren nicht beteiligte Personen (B 138, Ziff. 3, 232, Ziff. 3 und 4,300).

Das Charakteristische dieser Fristen liegt darin, dass mit ihrer Ansetzung regelmässig eine Drohung verbunden wird, welche auf einen materiellen, nicht mit dem Schuldbetreibungsverfahren als solchem zusammenhängenden Nachteil lautet, wie die Ermächtigung des Gläubigers, Fortsetzung der Betreibung zu verlangen, Verlust gewisser Rechte oder geradezu gerichtliche Bestrafung.

4. Nicht nur an Zahl, sondern auch an rechtlicher Bedeutung die wichtigsten Fristen des Schuldbetreibungsverfahrens sind die eigentlichen betreibungsrechtlichen Befristungen. Darunter ist die zeitliche Beschränkung zu verstehen, welcher das Gesetz die Vornahme bestimmter betreibungsrechtlicher Vorkehren unterwirft. Und zwar zählen hieher Vorkehren, die der Gläubiger im Lauf des Verfahrens zu treffen hat (vergl. B 17—20, 88, 106, Al. 2, 109, 110, Al. 1, 111, 116, Al. 1, 140, Al. 2, 148, Al. 1, 149, Al. 3, 154, 159, 166, 174, 184, Al. 2, 185, 230, Al. 2, 234, 278, 294, 302, Al. 4, 303, Al. 2, 307, 309) oder

[1a]) Vergl. auch A VIII, 43.

solche des Schuldners (vergl. B 17—20, 60, 69, Ziff. 3, 74, 77, Al. 2, 83, Al. 2, 106, Al. 2, 111, Al. 2, 140, Al. 2, 160, Ziff. 4, 174, 178, Ziff. 3, 185, 279, Al. 2, 294); oder endlich solche einer am Verfahren irgendwie interessierten Drittperson (vergl. B 17—20, 107, Al. 2). Es lässt sich geradezu die Regel aufstellen, dass jede betreibungsrechtliche Vorkehr, sofern sie dazu bestimmt ist, eine betreibungsrechtliche Wirkung hervorzubringen, befristet ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese Vorkehr vor einer Vollstreckungsbehörde, einer Aufsichtsbehörde, einer Gerichtsbehörde oder einer Nachlassbehörde vorzunehmen ist. Die rechtliche Bedeutung dieser Befristung besteht darin, dass die betreffende Vorkehr nur solange in gültiger Weise vorgenommen werden kann, als die Frist noch nicht abgelaufen ist. Mit ihrem Ablauf erlischt das Recht, bezw. die Möglichkeit der Vornahme dieser Vorkehr. Dies wird in einigen der soeben angeführten Gesetzesbestimmungen ausdrücklich betont (vergl. B 69, Ziff. 3, 83, Al. 3, 88, Al. 2, 107, Al. 2, 111, Al. 3, 154, Al. 2, 166, Al. 2, 184, Al. 2, 230, Al. 2, 278, Al. 4). Aber auch in denjenigen Fällen, in welchen der Gesetzgeber nicht ausdrücklich darauf hinweist, muss das Vorhandensein dieser Wirkung angenommen werden. Es handelt sich also hier überall um peremtorische Fristen (vergl. diese Bezeichnung ausdrücklich in B 310).

5. Neben den bisher erwähnten rein betreibungsrechtlichen Fristen enthält B auch Zeitbestimmungen materiellrechtlicher Natur. Dieselben kommen in zwei Gestalten vor:

a. als Verjährung (B 7,292). Das Gesetz erlässt für die Aeusserung derselben keine besondern Vorschriften. Es greifen deshalb mit Bezug auf Beginn, Stillstand, Unterbrechung und Art und Weise der Geltendmachung die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften (OR 146 ff) Platz (vergl. § 7, V, Ziff. 3, lit. a hievor).[2]

---

[2]) Vergl. Hiestand: Die Verjährung nach schweiz. OR, Diss. Zürich, 1889; Rossel, Manuel p. 221 ss.; sowie § 7, Note 43 und 43a hievor.

b. Die gesetzliche Befristung zivilrechtlicher Ansprüche ist vorgesehen bei der betreibungsrechtlichen Rückforderungsklage (B 86, 187) und bei der Klage zur Geltendmachung bestrittener Forderungen im Nachlassverfahren (B 310). Ihr Charakteristikum beruht darin, dass der Bestand des materiellen Rechtes mit Ablauf der Frist ipso jure aufhört. Der Anspruch hat eine von vorneherein beschränkte Lebensdauer und kann deshalb auch nur während der Dauer der Frist erhoben, bezw. geltend gemacht werden.[3])

II. Die Form der Fristen.

Die Formen und Merkmale, unter welchen die Fristen betreibungsrechtlicher Natur auftreten, sind äusserst mannigfaltig, und zwar hängen diese Unterschiede teilweise mit denjenigen in der rechtlichen Natur der Fristen selbst zusammen.

1. Hinsichtlich der Anordnung der Fristen haben wir zu unterscheiden zwischen den im Gesetz schlechtweg gesetzten und den durch ausdrückliche Verfügung der Behörden geordneten Fristen. Zu der erstern Art gehören alle Ausführungsfristen, sowie der grössere Teil der betreibungsrechtlichen Befristungen und der Zustandsfristen und endlich alle materiellrechtlichen Zeitbestimmungen; zu der letzern Art alle komminatorischen Fristen, sowie einige spezielle Fälle der betreibungsrechtlichen Befristung (B 69, Ziff. 3, 106, Al. 2, 107, Al. 2, 109, 111, Al. 2, 160, Ziff. 4, 178, Ziff. 3, 184, Al. 2, 230, Al. 2) und einige Fälle der Zustandsfristen (B 123, Al. 1, 129, Al. 2, 136). Aber auch da, wo die Fristen von den zuständigen Organen durch ausdrückliche Verfügung gesetzt werden, ist doch ihre Dauer regelmässig im Gesetz von vorneherein fixiert. Nur ausnahmsweise wird ihre Festsetzung entweder unbeschränkt oder innerhalb bestimmter

---

[3]) Vergl. Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, I. Teil: zivilrechtliche Grundlegung. Leipzig, 1880; Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten nach modernen Gesetzen, Diss. Bern, 1901.

Grenzen der verfügenden Behörde überlassen (vergl. B 60, 123, Al. 1, 129, Al. 2, 136). B 66, Al. 5 lässt in gewissen Fällen eine Verlängerung gesetzlich fixierter Fristen durch den Betreibungsbeamten zu.

2. Hinsichtlich ihres Ausgangspunktes unterscheiden wir Anfangsbefristungen, welche angeben, wann eine betreibungsrechtliche Handlung frühestens vorgenommen werden darf (vergl. B 94, 133, Al. 1, 167, 207, 252), Endbefristungen, welche den Zeitpunkt angeben, bis zu welchem eine Handlung zu geschehen hat — wozu die Mehrzahl der in B vorkommenden Fristen gehören — und endlich gemischte Fristen, welche sowohl den Anfangs- als auch den Endpunkt des für die Vornahme einer Handlung vorgesehenen Zeitraumes feststellen (vergl. B 88, 116, Al. 1, 122, 154, 166).

3. Nach ihrer äussern Gestalt lassen sich endlich die Fristen einteilen in einfache Fristen und Doppelfristen (Rahmenfristen). Die letztern sind immer mit den sub Ziff. 2 genannten gemischten Fristen identisch, durch welche sowohl der Anfangspunkt als auch der Endpunkt einer betreibungsrechtlichen Handlung zeitlich festgelegt wird.

III. Die Berechnung der Fristen.

Ueber die Art und Weise, wie die in B enthaltenen Fristen zu berechnen sind, stellt das Gesetz besondere Vorschriften auf. Die in den kantonalen und eidgenössischen Zivil- und Zivilprozessgesetzen in dieser Beziehung enthaltenen Regeln können deshalb für die Fristberechnung niemals Anwendung finden.[4])

1. Was den Fristbeginn anbelangt, so schreibt B 31, Al. 1 vor: «Ist eine Frist nach Tagen bestimmt, so wird derjenige Tag nicht mitgerechnet, an welchem die Frist zu laufen beginnt». Nach dem Wortlaut der Bestimmung findet dieser Grundsatz nur da Anwendung, wo die Dauer der Frist nach Tagen bestimmt ist, also nicht da,

[4]) In diesem Sinne auch B XXIII. 171. XXV (1), 61.

wo dies nach Monaten oder Jahren geschieht (vergl. B 86, 88, Al. 2, 116,[5]) 127, 232, Ziff. 2, 257, Al. 2, 258, Al. 3, 270, Al. 1, 286, 287, 295).

2. Hinsichtlich der rechnerischen Fixierung des Endpunktes gilt die allgemeine Regel, dass die Frist am letzten Tage abends sechs Uhr abläuft (B 31 Al. 4). Ist jedoch der letzte Tag der Frist ein Sonntag oder ein staatlich anerkannter Feiertag, so endigt die Frist am nächstfolgenden Werktag (B 31, Al. 3). Handelt es sich dabei um die Befristung einer Mitteilung und wird für die letztere die Post benützt, so gilt die Frist als eingehalten, wenn die Aufgabe zur Post vor Ablauf der Frist erfolgt (B 32; vergl. § 20, II Ziff. 2 hienach.)[6])

3. In bezug auf die Dauer bestimmt B 31, Al. 2: «Ist eine Frist nach Monaten oder nach Jahren bestimmt, so endigt sie mit demjenigen Tage, der durch seine Zahl dem Tage entspricht, mit welchem sie zu laufen beginnt. Fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so endigt die Frist mit dem letzten Tage dieses Monats».

Dabei sieht aber das Gesetz für spezielle Fälle vor, dass gewisse, in der Dauer der Frist an sich inbegriffene Zeitabschnitte nicht mitgerechnet werden, weil während dieser Zeit der Berechtigte nicht im Stande war, die zur Wahrung seines Rechtes notwendigen Vorkehren zu treffen (vergl. B 88, Al. 2, 154, Al. 1, 166, Al. 2, 188, Al. 2, 279, Al. 2). In diesen Fällen fügt sich der im Gesetz als nicht mitzählend bezeichnete Zeitabschnitt am Ende der Frist als Fortsetzung an, d. h. die letztere wird um ebensoviel verlängert.

---

[5]) Hier wird der Fristbeginn ausdrücklich normiert (vergl. B 116, Al. 2).

[6]) Gemeint kann dabei nur die schweiz. Post sein, und es macht der aufgedrückte Poststempel Beweis, immerhin unter Zulassung des Gegenbeweises. Ebenso Jaeger, Art. 32, N. 4; vergl. auch BE XXV (1), 55.

IV. Die Stellung der Parteien zu den Fristen.

Der Gesetzgeber geht vom Standpunkte aus, dass die im Gesetz aufgestellten Fristen einer Einwirkung des Parteiwillens entzogen sind. B 33, Al. 1 formuliert deshalb die Regel: «Die in diesem Gesetze aufgestellten Fristen können durch Vertrag nicht abgeändert werden.» Dieser Grundsatz ist ganz allgemein gefasst. Es fällt somit nicht nur jede Frist darunter, deren Dauer im Gesetze selbst fixiert ist, sondern auch diejenigen, deren Festsetzung der Dauer nach einer Behörde zusteht.[7]) Es genügt, dass die Frist im Gesetz «aufgestellt», d. h. vorgesehen ist. Das Gesetz kennt also nur Notfristen im prozessualen Sinn, d. h. der Parteikonvention unzugängliche Fristen.

Eine Ausnahme von dieser Regel findet gemäss B 33 Al. 2 nach der Richtung hin statt, dass der Schuldner darauf verzichten kann, die Nichtbeachtung einer Frist geltend zu machen. Er kann also eine Handlung gegen sich gelten lassen, trotzdem sie nach der Vorschrift des Gesetzes verspätet ist. Dies kann sich aber — trotz der allgemeinen Fassung in B 33, Al. 2 — der Natur der Sache nach einzig auf diejenigen Fälle beziehen. in welchen es sich um eine zu Gunsten des Schuldners gesetzte Frist handelt. Von vorneherein fallen deshalb nicht unter die genannte Regel die Ausführungsfristen (vergl. oben I, Ziff. 1) und die Zustandsfristen (vergl. I, Ziff. 2), da dieselben streng genommen weder zu Gunsten der einen noch der andern Partei gesetzt sind, sondern einfach den ausführenden Behörden als Richtschnur dienen sollen. Diese Fristen sind deshalb von Amtes wegen zu handhaben, und es steht somit auch beiden Parteien ein gleichmässiges Recht darauf zu, bei Nichtbeachtung dieser Fristen — soweit ihre Handhabung den Vollziehungsbehörden obliegt — Beschwerde gemäss B 17 ff. zu führen, und, wenn es sich um Gerichtsbehörden handelt, die ihnen nach dem kantonalen Zivil-

[7]) Bei Fristen der letztern Art lässt die Praxis eine nachträgliche Abänderung durch die festsetzende Behörde selbst zu, solange die Festsetzung nicht durch Ablauf der Beschwerdefrist in Rechtskraft erwuchs; vergl. A V, 109.



prozessrecht zustehenden Massnahmen zu ergreifen. Es kann deshalb nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, in diesen Fällen lediglich dem Schuldner das Recht zum Verzichte zu erteilen. Ebensowenig können dem in B 33, Al. 2 aufgestellten Grundsatze die komminatorischen Fristen (vergl. oben I, Ziff. 3) unterliegen; denn dieselben sind, soweit sie überhaupt den Schuldner und nicht Drittpersonen berühren, zu Gunsten des Gläubigers und nicht zu denjenigen des Schuldners vorgesehen. Dasselbe gilt auch bezüglich der materiellrechtlichen Zeitbestimmungen (vergl. oben I, Ziff. 5).

Die genannte Regel kann sich demnach prinzipiell nur auf die betreibungsrechtlichen Befristungen (vergl. oben I, Ziff. 4) beziehen. Und zwar fallen auch von diesen logischerweise alle diejenigen Fristen ausser Betracht, welche dem Schuldner oder einem Dritten zur Vornahme einer Vorkehr gesetzt worden sind, so dass nur noch diejenigen Fälle übrig bleiben, in welchen der Gläubiger binnen einer bestimmten Frist eine gegen den Schuldner selber gerichtete Vorkehr, d. h. ein Begehren um Progredierung in der Vollstreckung als solcher anbringt. Nicht hieher gehören also die Beschwerdefristen (B 17—20), die Berufungsfristen gegenüber gerichtlichen Entscheiden (B 174, 185, 294), diejenigen Fristen, welche für Vorkehren des Gläubigers gegenüber Drittpersonen gesetzt sind (B 106, Al. 2, 109, 110, 111), die Fristen im Konkurs (B 230, Al. 2, 234) und diejenigen im Nachlassverfahren (B 302, Al. 2, 303, Al. 2, 307, 309). Die Regel in B 33, Al. 2 bedarf also einer weitgehenden Einschränkung gegenüber ihrem Wortlaute.[8])

So wenig aber das Gesetz eine vertragliche Abänderung der von ihm vorgesehenen Fristen zulässt, ebensowenig kann eine amtliche Wiedereinsetzung gegenüber einer Fristversäumung stattfinden, mit Ausnahme des in B 77 ausdrücklich genannten Falles eines nachträglichen Rechtsvorschlages (vergl. § 24, IV, Ziff. 3 hienach). Ausgeschlossen

[8]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 33, N. 5, Reichel, Art. 33, N. 3; BE XXIII, 260

ist also namentlich auch eine analoge Anwendung der Wiedereinsetzungsbestimmungen kantonaler Zivilprozessgesetzgebungen.[9])

§ 19.

Die zeitliche Unterbrechung von Betreibungshandlungen.

1. Begriff und Voraussetzungen.

Im Interesse einer Schonung des Schuldners ordnet das Gesetz gewisse zeitliche Unterbrechungen im Betreibungsverfahren an.[1]) Dies hat aber nicht den Sinn, dass zu gewissen Zeiten der ganze Organismus des Schuldbetreibungsverfahrens still steht, was übrigens schon mit Rücksicht auf die Einrichtung der Aemter und die Kontinuität des Betriebes nicht tunlich wäre. Vielmehr bezeichnet B 56 nur bestimmte Zeiten, in welchen — mit den im Gesetze genannten Ausnahmen — gewisse Aeusserungen des Verfahrens, nämlich die sog. Betreibungshandlungen nicht stattfinden dürfen[2]).

1. Der Begriff der Betreibungshandlung wird weder in B 56, noch anderswo im Gesetze genau umschrieben. Der Ausdruck Betreibungshandlung einerseits, und der Zweck, den der Gesetzgeber durch die in B 56 ff vorgesehene Institutionen verfolgt, anderseits, geben uns aber für die Begriffsbestimmung folgende Anhaltspunkte:

a. Es kann nur eine von Behörden ausgehende Handlung sein, indem nur sie die Betreibung anzuheben

---

[9]) Ebenso Jaeger, Art. 33, N. 4; Reichel, Art. 33, N. 2; A I, 72, II, 72, III, 54, 124.

[1]) Ueber die historische Entwicklung dieser Tendenz vergl. Herzog, Begriff und Zweck der Rechsstillstände und Betreibungsferien des schweiz. Schuldbetreibungsrechtes; Diss. Leipzig, 1907, S. 1—26. Er will den Ursprung dieser Institute aus dem früher vielerorts bestehenden Selbstpfändungsrecht des Gläubigers ableiten.

[2]) Diesen Kardinalpunkt der ganzen Einrichtung scheint Herzog a. a. O. vollständig zu übersehen, wie denn überhaupt seine Arbeit nur eine systemlose Aneinanderreihung unvollständiger Notizen ohne Scheidung von historischer und dogmatischer Darstellung bietet.



und durchzuführen haben (vergl. B 1, sowie die Ueberschrift zu Abschnitt V des zweiten Titels). Nicht hieher gehören demnach die durch Gläubiger, Schuldner oder Drittpersonen zu treffenden Betreibungsvorkehren[3]). Als Behörde in diesem Sinne ist in erster Linie das Betreibungsamt zu nennen, wobei es keinen Unterschied ausmacht, ob die betreffende Handlung durch den Beamten selbst oder durch einen Angestellten vorgenommen wird. Aber auch andere Behörden, wie z. B. Aufsichtsbehörden und Gerichte können prinzipiell in Betracht kommen, sofern die von ihnen zu vollziehenden Handlungen die unten (sub lit. c) erwähnten objektiven Requisite erfüllen.[4])

b. Die Massnahme muss sich gegen den Schuldner richten, da nur er betrieben wird. Nicht hieher gehören also amtliche Funktionen, welche sich auf den Gläubiger oder auf dritte Personen beziehen, wie Mitteilungen, Zustellungen und Fristansetzungen an diese Personen. Ebensowenig aber haben wir solche Amtshandlungen hieher zu rechnen, bei welchen die Person des Schuldners gar keine Rolle spielt, wie die Durchführung des einmal eröffneten Konkurses (B 221—270) und die im Betreibungsverfahren zwischen Gläubigern und Dritten geführten Prozesse (B 107, 109, 111, 148, 285 ff).

c. Endlich muss es sich um eine Massnahme handeln, welche die Weiterführung des Schuldbetreibungsverfahrens als solches bezweckt. Es muss dasselbe durch die betreffende Handlung in ein neues, vorgerückteres Stadium gebracht werden.[5]) Nicht hieher zu zählen sind

[3]) Ebenso Jaeger, Art. 56, N. 3· Reichel, 56, N. 1; Martin, p. 44; BE XXVII (1), 108, XXIX (1), 27. Selbstverständlich kommt dabei aber auch eine vertraglich festgesetzte Verwertung gegebener Pfänder durch den Gläubiger selbst nicht in Betracht; vergl. A IV, 1.

[4]) Da die Amtshandlungen des Konkursbeamten und der Konkursverwaltung diese Eigenschaften nicht besitzen, spielen dieselben hier keine Rolle, so wenig wie die Nachlassbehörde und der Sachwalter im Nachlassvertrag; vergl. in diesem Sinn auch Jaeger, Art. 56, N. 3.

[5]) In diesem Sinne auch BE XXVII (1), 108; Jaeger, Art. 56, N. 3; Reichel, Art. 56, N. 1; Martin, p. 44.

also blosse Bescheinigungen und informierende Mitteilungen an die Adresse des Schuldners (B 76, 113, 114, 138-140[6]), sowie Massnahmen der innern Verwaltung, wie Deposition eingegangener Gelder (B 9), Schätzung gepfändeter Gegenstände (B 97), Sorge für deren Erhaltung (B 100-103), Ausfertigung der Pfändungsurkunde (B 112), Aufstellung der Steigerungsbedingungen (B 134, 140),[7]) Entgegennahme von Begehren des Gläubigers (B 8, 67, 88, 110, 111, 116, 159, 166),[8]) Aufstellung des Kollokationsplanes und Mitteilungen an andere Behörden. Endlich können nicht als Betreibungshandlungen gelten die Beschwerdeentscheide und die Urteile der Gerichtsbehörden in Zivilprozessen.[9])

In Zusammenfassung der vorstehend angeführten Merkmale lässt sich die Betreibungshandlung definieren als eine behördliche, gegen den Schuldner gerichtete Massnahme, wodurch die Schuldbetreibung in ein vorgerückteres Stadium gebracht wird. Dies betrifft einmal alle Zustellungen von Betreibungsakten an den Schuldner, wodurch ein bestimmter betreibungsrechtlicher Zustand begründet wird, wie bei Zahlungsbefehl und Konkursandrohung (B 71, 72, 152, 153, 161, 178), ferner die Rechtsöffnung (B 80—84), alle Pfändungshandlungen (B 89, 90, 145), alle Verwertungshandlungen (B 122, 125—127, 130—133, 141, 142, 155, 156),

---

[6]) Jaeger. Art. 56, N. 3 zählt allerdings — ohne ersichtlichen Grund — die Mitteilung der Pfändungsurkunde an den Schuldner zu den Betreibungshandlungen. Demgegenüber ist zu beachten, dass die Vornahme der Pfändung und nicht die Zustellung der darüber aufgenommenen Urkunde ein Fortschreiten des Verfahrens bedeutet.

[7]) Dagegen Jaeger, Art. 56, N. 3.

[8]) Dagegen Reichel, Art. 56, N. 1, obgleich er selbst zugibt, dass diese Entgegennahme auch während der Dauer der zeitlichen Unterbrechung nicht zu verweigern sei; wie oben auch Jaeger, Art. 56, N. 3.

[9]) So auch Reichel, Art. 56, N. 1, der aber noch weiter geht und auch Rechtsöffnung und Konkurserkenntnis nicht zu den Betreibungshandlungen rechnet, trotzdem sie zweifellos ein weiteres Stadium der Betreibung einleiten. Wie oben auch Jaeger Art. 56, N. 3

Fristansetzungen an die Adresse des Schuldners (B 106 Al. 2, 111, Al. 2) und endlich das Konkurserkenntnis (B 168, 171, 172, 189, 190),[10]) letzteres jedoch mit der sub Ziff. 2, lit. b hienach festgestellten Ausnahme hinsichtlich der Wechselbetreibung.

2. Ausdrücklich dem Einfluss der zeitlichen Unterbrechungsgründe entzogen werden die Betreibungshandlungen im Arrestverfahren, unaufschiebbare Massnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen und endlich — in beschränktem Mass — auch Betreibungshandlungen in der Wechselbetreibung (B 56, Al. 1 und Ziff. 3).

a. Betreibungshandlungen im Arrestverfahren sind nur solche, welche sich auf die Arrestlegung selber beziehen, also Arrestbefehl (B 272, 274) und Arrestvollzug (B 275, 276). Sie allein können also jederzeit vorgenommen werden. Dagegen unterstehen die im Anschluss an die Arrestnahme gesetzlich vorgesehenen Betreibungshandlungen (B 278, 280) der allgemeinen Regel.[11])

b. Unaufschiebbare Massnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen, welche jederzeit vorgenommen werden können, sind sowohl solche Betreibungshandlungen, welche ein nutzloses Zugrundegehen der beschlagnahmten Gegenstände verhüten sollen: Notverkauf (B 124, Al. 2), als auch solche, welche gegen eine Beiseiteschaffung dieser Gegenstände durch den Schuldner gerichtet sind, wie Güterverzeichnis und vorsorgliche Massnahmen (B 162, 163, 170, 174, Al. 2, 183, Al. 1).[12]) Endlich

---

[10]) Ein ausführliches, im grossen und ganzen mit dem vorstehenden übereinstimmendes Verzeichnis der Betreibungshandlungen vergl. bei Jaeger, Art. 56, N. 1. Die bundesrätliche Praxis hat — wie dies auch Reichel tut (vergl. oben Note 9) — das Konkurserkenntnis aus dem Kreis der Betreibungshandlungen ausgeschlossen; vergl. A II, 4, 115. Dies ist nicht zu billigen. Dagegen ist ein einmal gefälltes Konkurserkenntnis ohne Rücksicht auf zeitliche Unterbrechungsgründe zu vollziehen; vergl. A III, 115.

[11]) Ebenso Jaeger, Art. 56, N. 1; Reichel, Art. 56, N. 3.

[12]) In diesem Sinn auch Reichel, Art. 56, N. 4 und Jaeger, Art. 56, N. 2. Der letztere rechnet hieher auch B 190, Ziff. 1. So

ist hierher auch noch die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses gemäss B 283, Al. 3 zu zählen.[13])

c. Die Betreibungshandlungen in der Wechselbetreibung sind den Regeln über die zeitliche Unterbrechung nicht schlechtweg entzogen. Nur gelten für sie die Bestimmungen über die Betreibungsferien nicht (B 56, Ziff. 3).

II. Die Arten der zeitlichen Unterbrechung.

Die Zeiträume, während deren Betreibungshandlungen nicht vorgenommen werden dürfen, lassen sich in zwei Gruppen einteilen: In solche, welche sich auf alle Schuldner, d. h. auf das gesamte Publikum beziehen, und in solche, welche nur für bestimmte Schuldner oder Kategorien von solchen Geltung besitzen. Zu der erstern Gruppe gehören die geschlossene Zeit und die Betreibungsferien, zu der letztern die Rechtsstillstände und die Nachlasstundung.

1. Unter der geschlossenen Zeit verstehen wir diejenigen Tageszeiten und Tage, während deren üblicherweise der Geschäftsverkehr ruht, und welche deshalb auch nicht zur Vornahme von Betreibungshandlungen dienen sollen. Dazu gehören:

a. Die Zeit vor acht Uhr morgens und nach sieben Uhr abends;[14])

b. die Sonntage und staatlich anerkannten Feiertage (B 56, Ziff. 2), wobei sich die Bestimmung der letztern

---

wünschenswert diese Subsumierung auch wäre, ist sie doch unzulässig, weil es sich bei der Konkurseröffnung eben niemals um eine direkte Massnahme in Bezug auf Vermögensgegenstände, sondern um eine solche gegen die Person des Schuldners handelt.

[13]) Die Praxis unterscheidet dabei die beiden Fälle, ob das Retentionsverzeichnis aufgenommen wird, um den Gläubiger in seinem Retentionsrecht provisorisch zu schützen, oder dazu, um ihm die Realisation dieses Rechtes zu ermöglichen, und will nur den erstern Fall unter B 56, Al. 1 subsumieren; vergl. BE XXX (1), 78; A II, 55, V, 56. Dies ist aber kaum durchführbar.

[14]) Jaeger, Art. 56, N. 5 weist mit Recht darauf hin, dass diese Bestimmung wohl nicht anwendbar ist für Zustellungen durch die Post.

nach den Vorschriften des kantonalen Rechtes über die Anerkennung kirchlicher und bürgerlicher Feiertage richtet.[15])

2. Die Betreibungsferien sind gewisse vom Gesetzgeber besonders festgesetzte Zeiten im Jahr, zu welchen man dem Schuldner Ruhe vor Betreibungshandlungen gewähren will. Es betrifft dies sieben Tage vor und nach Ostern, Pfingsten, dem eidgenössischen Bettag und Weihnachten. Diese Bestimmung gilt jedoch nicht für die Wechselbetreibung (B 56, Ziff. 3; vergl. oben I, Ziff. 2, lit. c).

3. Der Rechtsstillstand ist eine zeitliche Unterbrechung der Vornahme von Betreibungshandlungen, welche aus gewissen äussern Gründen bestimmten Schuldnern oder einem Kreise von solchen gewährt wird (B 56, Ziff. 4). Das Gesetz unterscheidet mehrere Arten.

a. Der Rechtsstillstand wegen Militärdienstes besteht für einen Bürger, welcher sich im eidgenössischen oder kantonalen Militärdienste befindet und für diejenigen Personen, deren gesetzlicher Vertreter (als Inhaber der ehemännlichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt)[16]) er ist, während der Dauer des Dienstes (B 57, Al. 1). Als Militärdienst in diesem Sinn ist jeder Dienst, ohne Rücksicht auf seine Art und Dauer, zu betrachten.[17]) Immerhin kommt dieser Rechtstillstand denjenigen nicht zu Gute, welche sich in der Eigenschaft von Militärbeamten, Instruktoren etc., also infolge eines Amts- oder Dienstvertragsverhältnisses, im Dienst befinden (B 57, Al. 2).

b. Rechtsstillstand wegen Familientrauer geniesst ein Schuldner, dessen Ehegatte oder dessen Verwandter oder Verschwägerter in auf- oder absteigender Linie gestorben ist, und zwar am Todestage und während der fünf folgenden Tage (B 58). Die Aufzählung der Verwandtschaftsgrade muss dabei als eine abschliessende angesehen werden.

---

[15]) Vergl. z. B. für Bern Gesetze vom 3. Nov. 1859 und 3. Sept. 1867.

[16]) Vergl. darüber § 15, III, Ziff. 2 hievor

[17]) Jaeger, Art. 57, N. 3 will blosse Waffeninspektionen nicht dazu rechnen, wohl mit Unrecht.

c. Der Rechtsstillstand der Erbschaft besteht hinsichtlich der Betreibung für Erbschaftsschulden, und zwar am Todestag des Erblassers und während der fünf folgenden Tage, sowie während der für Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft eingeräumten Ueberlegungsfrist. Es sind hier drei Fälle zu unterscheiden:

aa. Die Betreibung war schon zu Lebzeiten des Erblassers gegen diesen selbst angehoben worden und soll nun gegen seine Erbmasse als besonderes Betreibungssubjekt gemäss B 59, Al. 2 fortgesetzt werden (vergl. § 15, III, Ziff. 4, lit. a hievor). Hier besteht ein Rechtsstillstand von fünf Tagen, d. h. Betreibungshandlungen gegenüber der Erbmasse können jedenfalls nicht vor Ablauf dieser Frist seit dem Todestag vorgenommen werden.

bb. Eine gegen den Erblasser zu seinen Lebzeiten angehobene Betreibung soll gegen seine Erben fortgesetzt werden (vergl. § 15, III, Ziff. 4, lit. b hievor). Hier kann natürlich eine Fortsetzung nicht erfolgen, bis rechtlich feststeht, wer als Erbe zu gelten hat. In Sanktionierung dieser an sich selbstverständlichen Tatsache räumt B 59, Al. 1 während der vom Zivilrecht für Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft vorgesehenen Ueberlegungsfrist Rechtsstillstand ein.[18])

---

[18]) Vergl. über die gegenwärtig hier noch massgebenden kantonalen Rechte, Huber: System, Bd. II, S. 347 ff und 510 ff. Eine Aufzählung der in den einzelnen Kantonen geltenden Fristen bei Reichel, Art. 59, N. 1. Das ZGB regelt die Ausschlagungsfristen in Art. 567—569. Eine Annahmefrist kommt nicht in Betracht, da die Erben gemäss Art. 560, Al. 1 die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes erwerben. Der Beginn der Ausschlagungsfrist, welche regelmässig drei Monate beträgt, fällt mit dem Moment zusammen, in welchem die gesetzlichen Erben vom Tode des Erblassers, bezw. vom Erbfall Kenntnis, die eingesetzten Erben aber die amtliche Mitteilung von der Verfügung des Erblassers erhalten haben. Ist ein Inventar als Sicherungsmassregel aufgenommen worden, so beginnt die Ausschlagungsfrist für alle Erben mit dem Tage, an dem die Behörde ihnen von dem Abschlusse des Inventars Kenntnis gegeben hat. Stirbt ein Erbe vor der Annahme oder Ausschlagung, so geht die Befugnis zur Ausschlagung an seine Erben über. Und zwar beginnt die Frist für sie mit dem Zeitpunkte,

cc. Ohne dass gegen den Erblasser selbst Betreibung angehoben war, soll der Erbe für Erbschaftsschulden betrieben werden. Auch hier ist eine Betreibung naturgemäss erst dann möglich, wenn der Erbe rechtlich Erbe geworden ist. Daher besteht auch hier — gleich wie im Falle sub lit. bb — Rechtsstillstand während der Ueberlegungsfrist.

d. Der Rechtsstillstand des Verhafteten ist von vorneherein ein bedingter. Er setzt voraus, dass der Schuldner verhaftet ist, dass er keinen Vertreter hat, und zwar weder einen gesetzlichen, noch auch einen vertraglichen, sowie endlich dass nicht etwa der Vormundschaftsbehörde infolge der Verhaftung die Ernennung eines Vertreters von Gesetzes wegen obliegt,[19]) indem sonst die Betreibung am Wohnsitze des Vertreters, bezw. am Amtssitze der Vormundschaftsbehörde geführt wird und an diese auch die Zustellung der Betreibungsurkunden erfolgt (vergl. B 47, Al. 1 und 2; sowie § 15, III, Ziff. 2 und § 17, III, Ziff. 2 hievor). Treffen diese Voraussetzungen zu, so setzt der Betreibungsbeamte dem Verhafteten eine Frist zur Ernennung eines Vertreters, und während dieser Frist geniesst der erstere Rechtsstillstand (B 60). Fehlt aber eines der genannten Requisite, so ist die Gewährung eines Rechtsstillstandes nicht möglich, und ebenso wird, wenn die gesetzte Frist zur Bestellung eines Vertreters nicht benutzt

da sie vom Anfall der Erbschaft an ihren Erblasser Kenntnis erhalten, und endigt frühestens mit dem Ablauf der Frist, die ihnen ihrem eigenen Erblasser gegenüber zur Ausschlagung gegeben ist. Schlagen die Erben aus und gelangt die Erbschaft an andere Erben, so beginnt für diese die Frist mit dem Zeitpunkt, da sie von der Ausschlagung Kenntnis erhalten haben.

[19]) Das Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 betr. die persönliche Handlungsfähigkeit überlässt es in Art. 5, Ziff. 3 dem kantonalen Recht, die Handlungsfähigkeit den zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten während der Dauer ihrer Strafe zu entziehen. Es betrifft dies also nur Straf-, nicht auch Untersuchungsgefangene. Das kantonale Recht lässt diese Folge regelmässig nur bei Zuchthausstrafe eintreten. ZGB 371 aber schreibt nun vor: «Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber verurteilt worden ist.»

wird, nach deren Ablauf in der Betreibung einfach fortgefahren.[20])

e. Der Rechtsstillstand wegen Krankheit kann vom Betreibungsbeamten einem schwer kranken Schuldner auf bestimmte Zeit gewährt werden (B 61). Es handelt sich hier also um einen Akt des freien Ermessens.[21]) Voraussetzung ist nur, dass die Krankheit des Schuldners in dem Sinne eine schwere ist, dass sie ihn unfähig macht, seine vermögensrechtlichen Interessen zu wahren,[22]) sowie dass nicht etwa für die Wahrung dieser Interessen durch einen gesetzlichen oder vertraglichen Vertreter genügend gesorgt werden kann.[23]) Die Dauer des Stillstandes setzt der Beamte unter Berücksichtigung der Verhältnisse fest, nur muss dies immer auf eine bestimmte Zeit geschehen.[24])

f. Rechtsstillstand für ein bestimmtes Gebiet oder für bestimmte Teile der Bevölkerung, d. h. für alle Schuldner, welche dazu gehören, kann im Falle einer Epidemie oder eines Landesunglücks (Naturereignis, wirtschaftliche Krise), sowie in Kriegszeiten die Kantonsregierung mit Zustimmung des Bundesrates beschliessen (B 62) — sog. Moratorium. Auch dieses kann wohl nur auf bestimmte Zeit gewährt werden.[24a])

4. Die Nachlasstundung ist ihrem Wesen und

---

[20]) Ebenso Jaeger, Art. 60, N. 8; vergl. auch BE XXIII, 60.

[21]) Vergl. auch BE XXII, 54.

[22]) Der medizinische Charakter der Krankheit kommt dabei nicht in Betracht. Eine schwere chronische Krankheit wird also regelmässig die Erteilung des Rechtsstillstandes nicht erheischen, sofern der Schuldner in ihren Intervallen geschäftsfähig ist; vergl. A V, 88.

[23]) Vergl. A X, 59. Es kann nicht Sache des Beamten sein, abzuwägen, ob die Fortsetzung der Betreibung den physischen oder psychischen Zustand des Kranken vielleicht ungünstig beeinflussen könnte, wie Herzog a. a. O., S. 37 annimmt.

[24]) Eine Rückwirkung des gewährten Rechtsstillstandes erfolgt nicht (vergl. A III, 22) und kann beim Schweigen des Gesetzes auch nicht — wie Jaeger meint — durch den Beamten angeordnet werden, da dies eine ihm nicht zustehende Ungültigerklärung von Betreibungshandlungen darstellen würde.

[24a]) Einzelne Fälle werden aufgezählt bei Jaeger, Art. 62, N. 1.

ihrer Wirkung nach mit dem Rechtsstillstand verwandt. Während ihrer Dauer kann eine Betreibung weder angehoben noch fortgesetzt werden. Umgekehrt aber — und dadurch unterscheidet sie sich von den bisher aufgezählten Instituten — ist während ihrer Dauer der Lauf jeder materiellrechtlichen Verwirkungs- und Verjährungsfrist, welche durch Betreibung unterbrochen werden kann, gehemmt (B 297). Die Nachlasstundung wird von der Nachlassbehörde einem Schuldner gewährt, welcher ihr ein Gesuch um Gestattung eines Nachlassvertrages gemäss B 293 eingereicht hat, sofern sie findet, dass die Voraussetzungen eines Eintretens auf das Begehren gegeben seien. Die Dauer der Stundung beträgt zwei Monate und kann auf Antrag des Sachwalters um höchstens zwei Monate verlängert werden (B 295).[25])

III. Die rechtliche Wirkung der zeitlichen Unterbrechungsgründe.

Angesichts der gesetzlichen Bestimmungen über die zeitliche Unterbrechung von Betreibungshandlungen sind noch die beiden Fragen zu untersuchen, welche Folgen die Nichtbeachtung der Unterbrechungsgründe äussert, und ferner, welchen Einfluss die letztern auf den Ablauf der im Gesetz vorgesehenen Fristen ausüben.

1. Die Folgen der Vornahme von Betreibungshandlungen während der zeitlichen Unterbrechung werden im Gesetze nicht erwähnt. B 56, Al. 1 sieht einfach vor, dass während der betreffenden Zeitabschnitte keine Betreibungshandlungen vorgenommen werden dürfen. Und zwar ist dabei der Natur der Sache nach auch die Fortsetzung einer schon vor Eintritt des Unterbrechungsgrundes begonnenen Betreibungshandlung verboten.[26])

[25]) Die bundesrätliche Praxis hat angenommen, dass wenn der Schuldner vor Ablauf der Stundung einen Nachlassvertragsentwurf mit Belegen gemäss B 304, Al. 1 einreiche, die Stundung bis zum Entscheid der Behörde über die Bewilligung fortdaure; vergl. A III, 9.

[26]) Vergl. auch BE XXX (1), 96.

Daraus folgt ohne weiteres, dass der Schuldner gegen jede im Widerspruch zu B 56, Al. 1 vorgenommene Funktion des Betreibungsamtes gemäss B 17 Beschwerde führen kann. Ob auch eine Aufhebung von Amtes wegen stattzufinden hat, ist bestritten.[27]) Da es sich aber bei den zeitlichen Unterbrechungsgründen zweifellos um eine im Interesse des Schuldners und als Vergünstigung für ihn vorgesehene Einrichtung handelt, so muss angenommen werden, dass ein Einschreiten von Amtes wegen dann nicht mehr möglich ist, wenn der Schuldner selbst durch Verstreichenlassen der gesetzlichen Beschwerdefrist auf die Geltendmachung seines Rechtes verzichtet hat.[28]) Die Beschwerdefrist beginnt dabei in dem Moment, in welchem der Schuldner von der in Nichtbeachtung des Unterbrechungsgrundes vorgenommenen Betreibungshandlung Kenntnis erhält.[29])

Besteht jedoch die vorgenommene Betreibungshandlung in einem gerichtlichen Akt (B 80–84, 168, 171, 172, 190), so ist dagegen weder Beschwerde, noch überhaupt ein Einschreiten seitens der Aufsichtsbehörden möglich (vergl. § 8, II, Ziff. 2, lit. a hievor), sondern lediglich eine Berufung an die obere Gerichtsinstanz, wo eine solche durch eidgenössisches oder kantonales Recht vorgesehen ist, und sonst der staatsrechtliche Rekurs.[30])

2. Das Verhältnis der Unterbrechungsgründe zum Fristenlauf wird im Gesetz lediglich mit Bezug auf die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand geregelt. Die geschlossene Zeit kommt dabei wegen ihrer kurzen Dauer überhaupt nicht in Betracht, und die Nachlasstundung kann ihrer — in B 297 genau umschrie-

---

[27]) Für Bejahung Jaeger, Art. 56, N. 4 unter Berufung auf BE XXIV (1), 104, welcher annimmt, dass eine derartige Verfügung, als dem öffentlichen Interesse widerstreitend, jederzeit aufgehoben werden müsse.

[28]) In diesem Sinne auch BE XXVII (1), 108, XXIX (1), 12, XXX (1), 100, XXXI (1), 21, XXXII (1), 123.

[29]) Vergl. auch BE XXX (1), 131.

[30]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 56, N. 4; vergl. § 9, XI hievor.

benen — Natur gemäss auf den Fristenlauf ebenfalls keinen Einfluss ausüben, da sich ihre Funktion im Verbot der Anhebung oder Fortsetzung einer Betreibung erschöpft. Aber auch die Betreibungsferien und Rechtsstillstände hemmen an sich den Fristenlauf nicht (B 63). Derjenige Teil der Frist, welcher in die Zeit der Ferien oder eines Rechtsstillstandes fällt, ist deshalb — im Gegensatz zu den in § 18, III, Ziff. 3 hievor genannten Fällen — bei der Berechnung der Frist ohne weiteres mitzuzählen. Dagegen schreibt B 63 weiter vor: «Wenn indessen das Ende einer Frist in die Zeit der Ferien oder des Rechtsstillstandes fällt, so wird die Frist bis zum dritten Tag nach dem Ende der Ferienzeit oder des Rechtsstillstandes verlängert».

Trotzdem sich diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach auf alle Fristen schlechtweg zu beziehen scheint, ist man doch in Theorie und Praxis darüber einig, dass dies dem Sinn und Geist des Gesetzes nicht entsprechen würde.[31]) Dagegen herrscht keine völlige Uebereinstimmung darüber, welche Fristen dabei in Betracht fallen. Zur Bestimmung derselben muss auf folgendes abgestellt werden:

a. Betreibungsferien und Rechtsstillstand schliessen ihrer Zweckbestimmung nach die Vornahme aller Betreibungshandlungen — mit den oben sub I, Ziff. 2 angeführten Ausnahmen — schlechtweg aus. Wo demnach für die Vornahme einer solchen Betreibungshandlung eine Frist vorgesehen ist (sog. Ausführungsfrist; vergl. § 18, I, Ziff. 1 hievor), kann die letztere erst nach Schluss der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes auslaufen. Die Erstreckung bezieht sich also vor allem auf die Ausführungsfristen der während der Ferien und des Rechtsstillstandes ausgeschlossenen Betreibungshandlungen (vergl. oben I, Ziff. 1). Hieher gehören die Fristen in B 71, 84, 89, 120, 122, 127, 133, 142, 155, 161, 168, 181, 189.[32])

---

[31]) Vergl. Jaeger, Art. 63, N. 2, Reichel, Art. 63, N. 1; Heuberger, Art. 63, N. 1; BE XXIV (1), 99.

[32]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 63, N. 5 sub lit. b, wobei aber offenbar B 74 und 123 irrtümlicherweise genannt werden.

b. In zweiter Linie fällt in Betracht, dass Betreibungsferien und Rechtsstillstand ausschliesslich zu Schutz und Schonung des Schuldners gegeben sind.[33]) So wenig man aber den letztern während dieser Zeit mit Betreibungshandlungen behelligen will, ebensowenig darf man ihm billigerweise zumuten, sich während derselben betreibungsrechtlich verteidigen zu müssen. Wenn also während der Ferien oder des Rechtsstillstandes eine dem Schuldner zur Vornahme einer betreibungsrechtlichen Vorkehr oder einer andern betreibungsrechtlich relevanten Handlung gesetzte Frist ausläuft, so greift die Regel in B 63 Platz. Hieher gehören also einmal die dem Schuldner gesetzten komminatorischen Fristen (vergl. § 18, I, Ziff. 3 hievor), nämlich B 69, Ziff. 2, 123, Al. 1, 152, 158, Ziff. 2, 178, Ziff. 2; ferner die auf ihn bezüglichen betreibungsrechtlichen Befristungen (vergl. § 18, I, Ziff. 4 hievor), nämlich B 17—20, 60, 69, Ziff. 3, 74, 77, Al. 2, 83, Al. 2, 106, Al. 2, 111, Al. 2, 140, Al. 2, 160, Ziff. 4, 174, 178, Ziff. 3, 185, 190, Al. 2, 279, Al. 2, 282, Al. 2.[34])

Dagegen scheint mir die Ratio des Institutes der Betreibungsferien und des Rechtsstillstandes keinen Grund zu bieten, die in B 63 vorgesehene Erstreckung auch auf diejenigen betreibungsrechtlichen Befristungen auszudehnen, welche sich auf Vorkehren des Gläubigers oder eines Dritten beziehen (vergl. § 18, I, Ziff. 4 hievor). Für diese Personen wollte der Gesetzgeber keine Schonzeit schaffen, und sie können ihre Vorkehren ohne weiteres auch während der genannten Zeiträume vornehmen, wenn auch ihre amtliche Vollziehung erst nach Ablauf derselben erfolgt. Das nämliche ist zu sagen hinsichtlich derjenigen kommінato-

[33]) Vergl. auch BE XXIX (1), 12, XXXI (1), 21.

[34]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 65, N. 5, lit. a. Nicht zu billigen scheint mir die Ansicht des Bundesgerichtes, welches im Gegensatz zu dem oben Ausgeführten annimmt, dass der Schuldner auch während der Ferien die ihm obliegenden Vorkehren zu treffen, z. B. Rechtsvorschlag oder Beschwerde zu erheben habe; vergl. BE XXVII (1), 103; A II, 77, VII, 115, IX, 97. Eine derartige Praxis ist geeignet, die Wirkung der positiven Vorschrift in B 63 illusorisch zu machen.

rischen Fristen, welche nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gesetzt sind. Ebenso gehören auch nicht hieher die Zustandsfristen (vergl. § 18, I, Ziff. 2 hievor), indem auch sie den Schuldner nicht direkt berühren.[35]) Der Natur der Sache nach können endlich die in B 5, 86, 187, 292 vorgesehenen Verjährungen und zivilrechtlichen Befristungen (vergl. § 18, I, Ziff. 5 hievor) nicht hieher gerechnet werden, da sie mit dem Betreibungsverfahren als solchem nichts zu tun haben.

Vierter Unterabschnitt.

§ 20.

Die Formen des amtlichen Verkehrs im Schuldbetreibungsverfahren.

I. Begriff und Arten.

Die Art und Weise des amtlichen Verkehrs der Betreibungs- und Konkursämter mit den Parteien des Schuldbetreibungsverfahrens, sowie mit dem übrigen dafür in Betracht fallenden Publikum, ist im Gesetz ausdrücklich geregelt. Und zwar werden hiezu drei verschiedene Formen vorgesehen: Die Mitteilung, die öffentliche Bekanntmachung und die Zustellung. Die Verwendung dieser drei Arten von Kommunikationsmitteln ist den verschiedenen Verhältnissen und Bedürfnissen des Verfahrens angepasst.

Nicht im Gesetz geregelt ist die Art und Weise des Verkehrs der Gerichte mit dem Publikum im Schuldbetreibungsverfahren. Wenn deshalb auch im Gesetz ausdrücklich Mitteilungen von ihrer Seite vorgesehen sind, so richtet sich doch ihre Form nicht nach den in B aufgestellten Bestimmungen, sondern nach denjenigen des kantonalen Prozessrechtes. Ebensowenig finden die hienach zu er-

---

[35]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 63, N. 5; ebenso — bezügl. der dem Gläubiger gesetzten Fristen — BE XXIV (1), 99; anderer Ansicht dagegen teilweise Reichel, Art. 63, N. 2, und Heuberger, Art. 63, N. 1.

läuternden Vorschriften Anwendung auf die Mitteilungen und Eröffnungen der Aufsichtsbehörden und der Nachlassbehörden, soweit nicht öffentliche Bekanntmachungen in Frage stehen. Dagegen sind wohl die Mitteilungen der Konkursverwaltung, sowie ihre öffentlichen Bekanntmachungen denjenigen der Betreibungs- und Konkursämter in formeller Beziehung gleichzusetzen.[1])

II. Die Mitteilung.

Darunter ist zu verstehen die Bekanntgabe von Tatsachen durch das Betreibungs- oder Konkursamt an eine am Verfahren beteiligte Person. Sie kann sich richten an den Gläubiger (B 10, Al. 2, 73, 76, 106, 111, Al. 2, 125, Al. 3, 139, 147, 158, Al. 2, 180, 233, 249, Al. 3, 252, 263, 269, Al. 3), oder an den Schuldner (B 90, 99, 106, 111. Al. 2, 113, 120, 125, 129), oder endlich an dritte Personen (B 104, 107, 140).

1. Der Inhalt der Mitteilung bestimmt sich nach den für den einzelnen Fall aufgestellten Vorschriften. Und zwar können wir unterscheiden zwischen bloss informatorischen Mitteilungen, welche lediglich Kenntnisgabe von gewissen Tatsachen bezwecken (vergl. B 10, Al. 2, 76, 90, 99, 104, 120, 125, 139, 180, 252, 263, 269) und Mitteilungen, welche eine bestimmte rechtliche Wirkung äussern, indem sie den Ausgangspunkt für eine betreibungsrechtliche Vorkehr des Adressaten bilden, weshalb sie regelmässig mit einer Fristansetzung verbunden sind (vergl. B 73, Al. 1, 106, 109, 111, 140, Al. 2, 147, 148, 158, Al. 2, 249, 250). Eine derartige Mitteilung äussert aber die ihr zugedachte Wirkung nur dann, wenn ihr Inhalt den gesetzlichen Vorschriften konform ist.[2])

2. Hinsichtlich der Form schreibt B 34 vor: «Alle Mitteilungen der Betreibungs- und der Konkursämter werden

---

[1]) Aehnlich auch Jaeger, Art. 35, N. 1.

[2]) Irrtümer in unwesentlichen Punkten fallen nicht in Betracht, sofern die gemachten Angaben den Empfänger in Stand setzen, deutlich genug zu erkennen, worum es sich handelt; vergl. A V, 4.

schriftlich erlassen, und sofern das Gesetz nicht etwas anderes vorschreibt, durch rekommandierten Brief oder durch Uebergabe gegen Empfangsbescheinigung zugestellt». Eine Ausnahme von dieser Regel sieht B 233 vor, wo — zur Verminderung der Kosten — nicht rekommandierte Sendung angeordnet wird. Ferner können als solche Ausnahmen bezeichnet werden die Fälle der öffentlichen Bekanntmachung (vergl. unten III) und der Zustellung (vergl. unten IV).

Nichtbeachtung der Formvorschriften zieht allerdings regelmässig nicht Ungültigkeit der gemachten Mitteilung nach sich.[3]) Dagegen wird dadurch der Beweis der gemachten Mitteilung erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht.[4]) Endlich aber kann der Adressat wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften innerhalb nützlicher Frist Beschwerde führen, worauf Nachholung der richtigen Form anzuordnen ist.

III. Die öffentliche Bekanntmachung.

Einer besondern Form bedarf die Kenntnisgabe von Tatsachen an Personen, welche als solche der mitteilenden Behörde nicht bekannt sind, oder aber deren Aufenthaltsort die Behörde nicht kennt. Diese Form besteht in der öffentlichen Bekanntmachung, welche entweder erlassen wird zu Handen des Schuldners (vergl. B 66, Al. 4) oder zu Handen dritter Personen (vergl. B 138, 142, Al. 1, 195 Al. 3, 231, Al. 3, 232, 249, Al. 2, 251, Al. 4, 257, 268, Al. 4, 269, Al. 3, 296, 300, Al. 1, 308).

1. Der Inhalt der öffentlichen Bekanntmachung ist in gleicher Weise zu beurteilen wie derjenige der einfachen Mitteilung (vergl. oben II, Ziff. 1). Auch hier kann

[3]) Gl. M. Reichel, Art. 34, N. 2 und A V, 4, VII, 10; dagegen Jaeger, Art. 34, N. 2.

[4]) Die Praxis nimmt an, dass in einem solchen Fall eine Kenntnisnahme durch den Schuldner ohne triftige Anhaltspunkte nicht vermutet werden dürfe; vergl. BE XXX (1), 131. Anderseits aber gilt die Mitteilung als geschehen, wenn der Schuldner die Annahme des als vom Betreibungsamt herrührend erkennbaren Briefes verweigert; vergl. A IV, 27.

also unterschieden werden zwischen Bekanntmachungen bloss informatorischen Charakters und solchen mit rechtlicher Bedeutung.

2. Die Form besteht regelmässig in der Veröffentlichung in der Presse. Sie erfolgt durch das kantonale Amtsblatt und ausserdem, wenn der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt,[5]) durch das Schweizerische Handelsamtsblatt. Im letztern Falle ist für die Berechnung von Fristen und für die Feststellung der mit der Veröffentlichung verbundenen Rechtsfolgen die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatte massgebend.[6]) Wenn die Verhältnisse es erfordern, kann die Bekanntmachung auch durch andere Blätter oder auf dem Wege des öffentlichen Aufrufes geschehen (B 35). Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Publikation im kant. Amtsblatt macht B 125, Al. 2 für die Bekanntmachung der Mobiliarsteigerungen.

Die rechtliche Bedeutung der Form öffentlicher Bekanntmachungen ist die nämliche, wie bei der einfachen Mitteilung (vergl. oben II, Ziff. 2).

IV. Die Zustellung.

Eine nach Form und Bedeutung qualifizierte Art der Mitteilung ist die Zustellung. Sie stellt ein betreibungsrechtliches Institut dar, welches aber seinem Grundgedanken nach aus dem Zivilprozessrecht herübergenommen ist.[7]) Die Terminologie in B ist allerdings eine ungenaue und unsichere, indem das Gesetz den Ausdruck «zustellen» auch für Fälle braucht, in welchen es sich der Natur der Sache nach um eine einfache Mitteilung und nicht um eine

---

[5]) Diese Vorschrift greift nur bei im Handelsregister eingetragenen Personen Platz, also nicht in den durch B 190 vorgesehenen Konkursfällen; vergl. A II, 112.

[6]) Als Datum der Bekanntmachung gilt der auf der betr. Nummer des Blattes bezeichnete Tag der Ausgabe und nicht etwa der Moment der faktischen Zusendung; vergl. A III, 40.

[7]) Auch dort wird sie als ein «formell geregelter Mitteilungsmodus» bezeichnet; vergl. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, S. 615.



Zustellung im technischen Sinne handeln kann (vergl. B 34, 233).

Zustellung im technischen Sinn findet nach Vorschrift des Gesetzes nur statt mit Bezug auf Betreibungsurkunden (vergl. B 64 ff). Da aber B keine Definition der Betreibungsurkunde gibt, so ist ihr Begriff in Praxis und Doktrin kontrovers und unsicher. Einen Anhaltspunkt für seine Bestimmung geben uns die frühern Entwürfe des Gesetzes, namentlich derjenige des Bundesrates vom 23. Febr. 1886, welcher in Art. 62 unter «Betreibungsakten» — wie er die Betreibungsurkunden bezeichnete — verstand «die zur Durchführung der Betreibung erforderlichen Mahnungen und Androhungen». Es kann sich somit nicht um jede Mitteilung im Verlaufe des Verfahrens handeln; auch nicht um jede «wichtigere Mitteilung an den Schuldner».[8]) Vielmehr muss nach der Absicht des Gesetzgebers eine Urkunde in Frage stehen, worin der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers aufgefordert und für den Unterlassungsfall mit einer bestimmten Rechtsfolge bedroht wird. Dies aber geschieht nur in zwei an den Schuldner gerichteten Mitteilungen, nämlich im Zahlungsbefehl (B 71, 72, 152, 153, 178) und in der Konkursandrohung (B 161).[9]) Einzig für sie sieht denn auch das Gesetz das eigentliche Zustellungsverfahren ausdrücklich vor (vergl. B 72, 153, Al. 3, 178, Al. 3), nicht aber für die übrigen Mitteilungen an den Schuldner, weshalb dort auch die gewöhnliche Uebergabe gegen Empfangsbescheinigung, bezw. die Zusendung durch rekommandierten Brief genügt (B 34).[10]) Die Zustellung im technischen Sinn rechtfertigt sich übrigens im Falle des Zahlungsbefehles und der Konkursandrohung auch materiell, und zwar deshalb, weil es hier für die Fortsetzung des Verfahrens auf die genaue Feststellung der geschehenen Kenntnisnahme durch den Schuldner besonders ankommt.

---

[8]) So BE XXIV (1), 29, wo hieher neben dem Zahlungsbefehl gerechnet werden die Fälle in B 90, 113, 120, 161.

[9]) Vergl. die Formulare in Verordnung Nr. 1, Art. 12 und 24.

[10]) A. M. BE XXIV (1), 29 und Jaeger, Art. 64, N. 1 (nicht ganz bestimmt; vergl. N. 5).

1. Die Form der Zustellung besteht in der direkten Uebergabe der Urkunde von Person zu Person. Die Urkunde muss «abgegeben» werden (vergl. B 66, Al. 1).[11]) Es muss aber zugleich auch der Beweis dafür gesichert werden, dass diese Uebergabe in der gesetzlich gewollten Form stattgefunden hat. Dies geschieht dadurch, dass die Uebergabe durch ein amtliches Organ vorgenommen wird, welches darüber eine Bescheinigung, das sogenannte Zustellungszeugnis, ausstellt. Dasselbe besteht darin, dass der Ueberbringer bei der Uebergabe auf beiden — im Gesetz regelmässig vorgesehenen — Ausfertigungen der Urkunde unterschriftlich bescheinigt, an wen und an welchem Tage die Zustellung erfolgte (B 72, Al. 2).[12]) Dieses Zeugnis ist, weil es von einem öffentlichen Organ in Ausübung seiner Amtsobliegenheiten ausgestellt wurde, eine öffentliche Urkunde und daher, Gegenbeweis vorbehalten, für seinen Inhalt beweiskräftig (vergl. B 8, Al. 3 und § 7, II hievor).[13])

Dieses Zustellungsverfahren muss auch stattfinden, wenn die Zustellung durch die Post oder durch ausländische Behörden oder Organe geschieht (vergl. unten Ziff. 2); immerhin jedoch natürlich mit den durch die speziellen Verhältnisse gebotenen Modifikationen. Die nicht genaue Beobachtung der Form, namentlich auch das Fehlen eines Zustellungszeugnisses hat indessen nicht Ungültigkeit der Zustellung als solche zur Folge.[14]) Jedoch kann der Schuldner dagegen wegen Gesetzesverletzung Beschwerde führen, und in jedem Fall wird, wenn die Tatsache oder der Zeit-

---

[11]) Es genügt also nicht etwa ein Einwerfen in einen Briefkasten oder Anheften an die Tür des Schuldners, auch wenn der letztere Modus für die Zustellung im kant. Zivilprozessrecht vorgesehen sein sollte; vergl. auch Reichel, Art. 64, N. 2; Heuberger, Art. 64, N. 2.

[12]) Formfehler im Zustellungszeugnis, z. B. ungenaue oder unrichtige Bezeichnung der entgegennehmenden Person, machen die Zustellung als solche nicht ungültig, erschweren aber den Beweis ihrer geschehenen Vornahme; vergl. A VIII, 98, IX, 4.

[13]) Und zwar geht dieses Zeugnis in der Beweiskraft mit Rücksicht auf die Unmittelbarkeit seiner Aufnahme auch den Eintragungen im Betreibungsbuch vor; unklar BE XXXII (1), 111.

[14]) Ebenso A IV, 76, VII, 80.

punkt der Zustellung bestritten ist, ein Nachweis derselben schwer zu erbringen sein.

Ausnahmsweise aber kann die regelmässige Form der Zustellung aus tatsächlichen Gründen nicht Anwendung finden, nämlich dann, wenn der Wohnort des Schuldners nicht bekannt ist. In diesem Falle wird die Zustellung durch die öffentliche Bekanntmachung (vergl. oben III) ersetzt. Dieser Ersatz ist aber nur dann zulässig, wenn der Wohnort, d. h. der gegenwärtige Aufenthalt des Schuldners, in guten Treuen nicht ermittelt werden konnte.[14a]) Die öffentliche Bekanntmachung darf deshalb erst dann erfolgen, wenn entweder durch das Betreibungsamt oder durch den Gläubiger selbst die den Umständen entsprechenden Nachforschungen vorgenommen worden sind.[15]) Blosse Indizien, wie z. B. Abreise ohne Zurücklassung einer Adresse, genügen nicht.[16]) Trifft die Voraussetzung nicht zu, d. h. war der Wohnort des Schuldners faktisch nicht unbekannt, oder hätte er den Umständen nach ermittelt werden können, so kann der Schuldner auf dem Beschwerdeweg binnen zehn Tagen seit erhaltener Kenntnis von der öffentlichen Bekanntmachung die Aufhebung der Rechtswirkungen der letzteren und die Anordnung der regelmässigen Zustellung verlangen.[17])

Die öffentliche Bekanntmachung geht vom Betreibungsamt des letzten bekannten Wohnsitzes aus[18]) und soll den

---

[14a]) Und wenn dieser nicht etwa in der Schweiz einen gesetzlichen Vertreter, z. B. einen curator absentis, besitzt; vergl. A VII, 90.

[15]) Vergl. BE XXIV (1), 106, XXIX (1), 122. Dabei steht es dem Amt frei, ob es selbst das Nötige besorgen, oder den Gläubiger dazu anhalten will. Im letzteren Fall muss es sich die geschehene Nachforschung glaubhaft machen lassen.

[16]) Vergl. BE XXII, 209, XXVII (1), 45; A II, 124; dagegen Aufenthalt in einer Weltstadt ohne Bekanntsein der Adresse; vergl. BE XXXI (1), 63.

[17]) Vergl. BE XXIV (1), 106, XXVII (1), 45, XXIX (1), 122. Dagegen kann er nicht etwa im Beschwerdewege einen öffentlichen Widerruf der Bekanntmachung verlangen, da dies nicht das Betreibungsverfahren als solches betrifft; gegenteiliger Entscheid A V, 16.

[18]) Vergl. A II, 48.

wesentlichen Inhalt der Betreibungsurkunde wiedergeben, worunter aber nicht eine wörtliche Reproduktion des vorgeschriebenen Formulars zu verstehen ist.[19])

Muss die Zustellung mit Rücksicht auf den Wohnsitz des Schuldners durch Requisition, durch die Post oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so kann der Betreibungsbeamte die dem Schuldner im zugestellten Akt gesetzten Fristen den Umständen gemäss verlängern (B 66, Al. 5).

2. Die Organe der Zustellung sind verschieden, je nach dem Orte, an welchem die Zustellung vorzunehmen ist.

a. Regelmässiges Organ ist der Betreibungsbeamte oder seine Angestellten, die sog. Betreibungsgehülfen (B 72; vergl. § 6, IV, Ziff. 2 hievor). Sie sind aber zur Vornahme nur innerhalb des ihnen unterstellten Betreibungskreises zuständig. Wohnt deshalb der Schuldner nicht im Betreibungskreis,[20]) und hat er auch daselbst weder ein Zustellungslokal noch auch einen Vertreter zur Entgegennahme der Zustellung bezeichnet, so hat die letztere durch Vermittlung des Betreibungsamtes des Wohnortes, also auf dem Wege der Requisition, zu geschehen, sofern nicht Zustellung durch die Post vorgezogen wird (B 66, Al. 1 und 2).

b. Die eidgenössische Post wird in B 72, Al. 1 dem Betreibungsamt als Zustellungsorgan schlechtweg koordiniert. Mit Rücksicht auf B 66, Al. 2 muss aber angenommen werden, dass sie nur dann in Anspruch zu nehmen ist, wenn der Schuldner nicht im Kreise des vollziehenden Betreibungsamtes wohnt. In keinem Falle ist dabei die Zustellung bereits mit der Uebergabe der Urkunde seitens des Amtes an die Post vollzogen, sondern erst mit der Verrichtung durch die Post selbst.[21]) Hiefür wird durch Art. 34 der Transportordnung für die schweizerischen Posten vom 3. Dezember

---

[19]) Vergl. BE XXIV (1), 29.

[20]) B 66, Al. 1 spricht undeutlich vom «Orte der Betreibung».

[21]) Ebenso Jaeger, Art. 72, N. 5; A III, 70.

1894 ein besonderes Verfahren vorgesehen.[22]) Dabei tritt der Briefbote an Stelle des verrichtenden Beamten. Er nimmt in gleicher Weise wie jener die Zustellung des für den Schuldner bestimmten Doppels an diesen vor und verfasst auf beiden ihm übergebenen Doppeln der Urkunde das Verrichtungszeugnis in der durch B 72, Al. 2 vorgeschriebenen Form.

c. Für die Zustellung an einen im Ausland wohnenden Schuldner sind in erster Linie die d o r t i g e n B e h ö r d e n vorgesehen (B 66, Al. 3). Das Gesetz spricht sich jedoch nicht darüber aus, welche Behörden es darunter versteht. Regel macht vielmehr in dieser Beziehung die I n t e r n a t i o n a l e U e b e r e i n k u n f t v o m 7. J u n i 1904, genehmigt durch Bundesbeschluss vom 17. M ä r z 1909, in Kraft tretend am 27. A p r i l 1909, b e t r e f f e n d d a s Z i v i l p r o z e s s r e c h t (H a a g e r k o n v e n t i o n).[23]) Die Konvention spricht ganz allgemein von der Zustellung von Schriftstücken in Zivil- und Handelssachen, worunter auch die betreibungsrechtlichen Zustellungen zu rechnen sind.

aa. Das regelmässige Verfahren besteht in der Z u s t e l l u n g d u r c h d i e z u s t ä n d i g e B e h ö r d e d e s e r s u c h t e n S t a a t e s (Konvention Art. 2). Das Zustellungsbegehren wird durch den Konsul des ersuchenden

---

[22]) Wörtlich abgedruckt bei Reichel, Art. 72, N. 1 und Jaeger, Art. 72, N. 5. Die Taxe beträgt 20 Cts., wofür die Post, welcher die Urkunde in zwei Doppeln offen oder verschlossen übergeben wird, die Zustellung und die Rücksendung des einen Doppels mit Zustellungszeugnis übernimmt. Die Sendung wird als gewöhnlicher Brief behandelt und weder im Hinweg, noch im Rückweg eingeschrieben.

[23]) Diese Konvention ersetzt die frühere vom 14. Nov. 1896/25. Mai 1899. Die Veröffentlichung in der eidgen. Gesetzessammlung war z. Z. der Drucklegung der oben stehenden Ausführungen noch nicht erfolgt, weshalb auch die offizielle Datierung und Bezeichnung nicht bekannt war. Vergl. Botschaft des Bundesrates vom 1. Dez. 1908 (BB 1908, VI, 129 ff); dazu Reichel: Die Revision der internat. Übereinkunft über den Zivilprozess (ZBJV XLIV, 122 ff).

Staates an die vom ersuchten Staate zu bezeichnende Behörde gerichtet. Immerhin kann jeder Vertragsstaat verlangen, dass das Begehren in jedem Falle auf diplomatischem Wege an ihn gerichtet werde, wie denn auch alle Anstände, zu welchen das Zustellungsbegehren des Konsuls Anlass geben mag, auf diplomatischem Wege zu erledigen sind.[24]) Das Begehren hat die Behörde, von der das übermittelte Schriftstück ausgeht, den Namen und die Stellung der Parteien, die Adresse des Empfängers, sowie die Art des in Rede stehenden Schriftstückes anzugeben und muss in der Sprache der ersuchten Behörde abgefasst sein (Konvention Art. 1).

Die regelmässige Art der Zustellung des Schriftstückes seitens der ersuchten Behörde besteht in der Uebergabe an den Empfänger, sofern er zur Annahme bereit ist (Konvention Art. 2 und Art. 3, Al. 1). Ist jedoch das zuzustellende Schriftstück in der Sprache der ersuchten Behörde oder in der zwischen den beiden beteiligten Staaten vereinbarten Sprache abgefasst, oder von einer — durch den diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden oder durch einen beeidigten Dolmetscher des ersuchten Staates beglaubigten — Uebersetzung in eine dieser Sprachen begleitet, so lässt die ersuchte Behörde, falls es im Begehren gewünscht wird, das Schriftstück in der durch ihre innere Gesetzgebung für gleichartige Zustellungen vorgeschriebenen Form oder in einer besondern Form, sofern diese ihrer Gesetzgebung nicht zuwiderläuft, zustellen (Konvention Art. 3). Der Nachweis der Zustellung erfolgt entweder durch ein mit Datum versehenes und beglaubigtes Empfangsbekenntnis des Empfängers oder durch eine Bescheinigung der Behörde des ersuchten Staates, aus der sich die Tatsache, die Form und die Zeit der Zustellung ergibt. Dieselbe kann einem zu diesem Zwecke beigegebenen

---

[24]) Eine Ablehnung der Zustellung darf nur erfolgen, wenn die letztere nach der Auffassung des Staates, auf dessen Gebiet sie erfolgen soll, geeignet erscheint, seine Hoheitsrechte zu verletzen oder seine Sicherheit zu gefährden (Konvention Art. 4).

Doppel des zuzustellenden Schriftstückes nachgetragen oder beigeheftet werden (Konvention Art. 5). Die ersuchte Behörde hat dem Konsul des ersuchenden Staates die Urkunde zu übersenden, welche die Zustellung nachweist oder den die Zustellung hindernden Umstand angibt (Konvention Art. 1, Al. 1).[25]

bb. Als ausserordentliche Zustellungsarten sieht Art. 6 der Konvention vor: die direkte Zusendung der Urkunden an die im Auslande befindlichen Beteiligten durch die Post (vergl. unten lit. d); die unmittelbare Zustellung durch diejenigen Gerichtsdiener und sonstigen Beamten, die in dem Lande, wo die Zustellung erfolgen soll, hiefür zuständig sind;[26] die unmittelbare Zustellung durch die eigenen diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Staates, von dem die Urkunde ausgeht.[27] Die in diesen Fällen vorgesehenen Zustellungsarten sind jedoch nur statthaft, wenn Abkommen zwischen den beteiligten Staaten sie einräumen, oder wenn in Ermangelung von Abkommen der Staat, auf dessen Gebiet die Zustellung erfolgen soll, nicht widerspricht. Dieser Staat kann aber nicht widersprechen, wenn das Schriftstück ohne Anwendung von Zwang durch die Post oder durch die diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates einem Angehörigen des letztern zugestellt werden soll.

d. Die Zustellung im Ausland kann auch durch die ausländische Post erfolgen (B 66, Al. 3). Auch diese Zustellungsart wird durch Art. 6 der Konvention als zu-

---

[25]) Art. 1, Al. 4 der Konvention sieht vor, dass sich zwei Vertragsstaaten über die Zulassung des unmittelbaren Geschäftsverkehrs zwischen ihren beiderseitigen Behörden verständigen können. Eine solche Spezialabmachung, welche auf die Schuldbetreibungsbehörden Bezug hätte, existiert nicht.

[26]) In Frankreich der huissier (vergl. A III, 21, 69); in Nordamerika ein Gerichtsdiener im Beisein eines Notars (vergl. BE XXV (1), 22).

[27]) Vergl. BE XXV (1), 22.

lässig erklärt, soweit sie den Gesetzen der beteiligten Staaten oder den Staatsverträgen nicht widerspricht. Da aber jedenfalls die ausländische Post nicht dazu veranlasst werden kann, das in der schweiz. Transportordnung vorgesehene Verfahren einzuschlagen, so ist hier nur Zustellung durch eingeschriebenen Brief möglich, so dass diese Zustellungsart, namentlich im Hinblick auf den Beweiseffekt, als eine höchst mangelhafte bezeichnet werden muss.[28])

3. Der Empfänger der Zustellung ist der Schuldner (B 64, Al. 1). Hat derselbe einen gesetzlichen Vertreter, so sind diesem die Betreibungsurkunden zuzustellen; und ist endlich der Vertreter noch nicht ernannt, so erfolgt die Zustellung an diejenige Behörde, welcher die Ernennung oder die einstweilige Sorge für die Vermögensverhältnisse des Schuldners obliegt (B 47; vergl. § 15, III, Ziff. 2 hievor).[29]) Ebenso hat auch bei der Betreibung einer juristischen Person oder einer Gesellschaft die Zustellung an deren gesetzliche Vertreter zu erfolgen, wie sie in B 65 ausdrücklich aufgezählt sind (vergl. § 15, III, Ziff. 2). Für die Erbschaftsmasse nennt nun B 65, Al. 3 (ZGBE 60) als Empfänger den für die Erbschaft bestellten Vertreter, oder, wenn ein solcher nicht bekannt ist, einen der Erben.[30])

Neben den eigentlichen Adressaten der Zustellung sieht nun aber das Gesetz gewisse Personen vor, welche jene in der Entgegennahme der Urkunde vertreten können:

a. Erwachsene zum Haushalt des Schuld-

---

[28]) Mit Rücksicht auf die Vorschrift in Art. 6 der Konvention wird es sich empfehlen, diese Zustellungsart höchstens gegenüber im Ausland wohnenden Schweizern anzuwenden.

[29]) Die Zustellung an den Vertretenen ist, auch wenn der Vertreter davon Kenntnis erhielt, absolut nichtig; vergl. BE XXIII, 261; A I, 8, VII, 2, VIII, 126. Eine Ausnahme von dieser Regel muss aber logischerweise für den Fall gemacht werden, wo der Vertreter im Ausland wohnt; dagegen A VIII, 47.

[30]) Die bisherige Praxis hat als Vertreter den amtlichen Liquidator oder Massaverwalter bezeichnet; vergl. BE XXVI (1), 25.

ners gehörende Personen[31]) oder Angestellte,[32]) sofern der Schuldner selbst vom zustellenden Beamten in den gesetzlich für die Vornahme der Zustellung bezeichneten Lokalen nicht angetroffen wird (B 65, Al. 1).[33])

b. Gemeinde- und Polizeibeamte, wenn weder der Schuldner noch die sub lit. a hievor genannten Personen im Zustellungslokal anzutreffen sind. Es wird ihnen zu Handen des Schuldners die Betreibungsurkunde übergeben (B 64, Al. 2).[34])

c. Wenn die als Vertreter juristischer Personen oder Gesellschaften in B 65 genannten Personen in ihrem Amts- oder Geschäftslokal nicht angetroffen werden, andere Beamte oder Angestellte (B 65, Al. 1).

d. Eine vom Schuldner zur Entgegennahme der Zustellung am Betreibungsorte bezeichnete Person, sofern er selbst nicht dort wohnt (B 66, Al. 1).

Die Uebergabe der Urkunde an eine im Gesetze selbst nicht vorgesehene Person zu Handen des Schuldners macht die Zustellung nicht absolut nichtig, sofern der Schuldner die Urkunde wirklich erhält. Er kann aber Beschwerde führen und persönliche Zustellung verlangen.[35])

4. Der Ort der Zustellung ist verschieden, je nach

---

[31]) Dieselben dürfen aber nicht geistesschwach oder geisteskrank sein; vergl. BE XXXI (1), 67. Die Ehefrau des Schuldners ist zur Entgegennahme für jenen auch dann befugt, wenn sie selbst mitbetrieben ist; vergl. BE XXVIII (1), 44.

[32]) Dagegen nicht der Anwalt des Schuldners; vergl. BE XXV (1), 19. XXVIII (1), 27; oder der Erbschaftsliquidator hinsichtlich des betriebenen Erben; vergl. BE XXVI (1), 22; vergl. aber oben lit. d.

[33]) Es kann also bei Anwesenheit des Schuldners selbst die Uebergabe nicht an einen Hausgenossen geschehen; vergl. BE XXII, 104.

[34]) Die Zustellung kann aber hier erst im Moment der Bestellung an den Schuldner selbst als erfolgt gelten, weshalb auch erst in diesem Zeitpunkt die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages zu laufen beginnt; vergl. BE XXX (1), 81; ebenso Jaeger, Art. 64, N. 9 und ZHE XVII, S. 190.

[35]) Vergl. BE XXV (1), 19. Die Frist beginnt mit dem Moment der Kenntnisnahme von der unrichtigen Zustellung.

der Person des Adressaten und seinen Beziehungen zum Betreibungsort.

a. Regelmässig wird dem Schuldner in seiner Wohnung oder an dem Orte, wo er seinen Beruf auszuüben pflegt, zugestellt (B 64, Al. 1). Das Gleiche gilt mangels einer andern Vorschrift auch für den gesetzlichen Vertreter eines nicht handlungsfähigen Schuldners (vergl. B 47, Al. 1).

b. Dem Vertreter einer juristischen Person oder Gesellschaft ist in seinem Amts- bezw. Geschäftslokal zuzustellen (B 65, Al. 2). Die nämliche Regel ist in analoger Weise auch auf die Behörde anzuwenden, welcher in dem durch B 47, Al. 2 vorgesehenen Falle für den handlungsunfähigen Schuldner zugestellt werden muss.[36])

c. Wohnt der Schuldner nicht am Orte der Betreibung, d. h. im Kreise des vollziehenden Betreibungsamtes, so werden die Betreibungsurkunden der von ihm daselbst bezeichneten Person oder in dem von ihm bestimmten Lokal (Zustellungsdomizil) abgegeben (B 66, Al. 1). Diese Regel findet natürlich auch auf gesetzliche Vertreter des Schuldners, welche für die Zustellung in Betracht kommen, analoge Anwendung.

Fünfter Unterabschnitt.

§ 21.

Oeffentlichrechtliche Nebenerscheinungen der Schuldbetreibung.

I. Begriff und Einteilung.

An und für sich losgelöst vom Gange der Schuldbetreibung, jedoch von ihr abhängig und in gewissem Sinne ihren Zwecken dienend, gibt es zwei Arten öffentlich-

[36]) Existiert im einen oder andern Fall kein derartiges Lokal, oder ist es während der Zustellungszeit nicht ständig offen, so kann dem in Frage kommenden Beamten oder Vertreter auch in seiner Wohnung zugestellt werden; vergl. A V, 37 und Jaeger, Art. 47, N. 9 und Art. 65, N. 17.

rechtlicher Institute, welche sich als Nebenerscheinungen der Schuldbetreibung bezeichnen lassen: Die betreibungsrechtlichen Strafbestimmungen und die öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses.

Von der Schuldbetreibung abhängig sind diese beiden Institute insofern, als die Voraussetzung ihrer Anwendung immer in der vollständigen oder teilweisen Durchführung eines Schuldbetreibungsverfahrens beruht. Als ihr dienend darf man sie deshalb bezeichnen, weil sie, teils direkt, teils wenigstens indirekt, dazu bestimmt sind, den gesetzmässigen Gang und namentlich den pekuniären Erfolg der Schuldbetreibung zu schützen. Daneben allerdings sind diese Institute — namentlich die Ehrenfolgen — zum guten Teil auch aus Rücksicht auf geschichtliches Herkommen und auf die Bestimmungen der frühern kantonalen Rechte sanktioniert worden.

II. Strafbestimmungen.[1])

Der Bundesgesetzgeber hat selbst keinerlei betreibungsrechtliche Strafbestimmungen erlassen. Vielmehr schreibt er in B 25, Ziff. 3 vor: «Die Kantone haben festzustellen... die zur Vollziehung dieses Gesetzes erforderlichen Strafbestimmungen».

1. Die Straffälle, welche hier in Betracht fallen, lassen sich in drei Gruppen einteilen:

a. Gewisse mit Strafe bedrohte Tatbestände werden im B selber vorgesehen. Mit Bezug auf sie müssen also im kantonalen Recht auf jeden Fall Strafsanktionen statuiert werden. Und zwar betrifft dies:

aa. sog. Ungehorsamsfälle, d. h. ein persönliches Verhalten des Schuldners oder dritter mit der Schuldbetreibung in Berührung kommender Personen, welches den durch die Vollziehungsorgane gemäss den Gesetzesvorschriften an sie gerichteten Befehlen und Auf-

---

[1]) Vergl. Zürcher: Die Strafbestimmungen im B; Zeitschr. f. Schweiz. Strafrecht, Bd. II, S. 340 ff.

forderungen widerspricht (B 91; 163; 183; 222; 229, Al. 1; 232, Ziff. 3 und 4; 275).

bb. Unberechtigte Verfügung über die von den Vollstreckungsorganen mit Beschlag belegten Gegenstände (B 96, 163, 183).

b. Die Kantone können aber auch neben den in B vorgesehenen Fällen Strafbestimmungen erlassen, welche den Zweck verfolgen, den richtigen Vollzug der Schuldbetreibung zu sichern, da die Bestimmung in B 25, Ziff. 3 in dieser Beziehung ganz allgemein lautet. Hieher gehören namentlich die Strafdrohungen gegen die Begünstigung einzelner Gläubiger vor andern durch den Schuldner.[2])

c. Endlich enthalten die kant. Strafgesetzgebungen Bestimmungen, welche nicht sowohl auf das Verhalten des Schuldners während, sondern vielmehr auf dasjenige vor der Durchführung des Schuldbetreibungsverfahrens Bezug haben, sofern dadurch das Ergebnis des letztern, d. h. die Befriedigung der Gläubiger, beeinträchtigt wird. Hieher gehören die Delikte des leichtsinnigen Schuldenmachens, des leichtsinnigen und des betrügerischen Konkurses.

2. Die nähere Regelung aller dieser Strafbestimmungen, namentlich die Festsetzung des Strafmasses, ist durchaus Sache der Kantone, welche dieselbe ihrem allgemeinen Strafrechtssystem eingliedern.[3]) Die betreffenden Gesetze und Verordnungen unterliegen aber der Genehmigung des Bundesrates (B 29).[4])

III. Die öffentlichrechtlichen Folgen des Konkurses und der fruchtlosen Pfändung.

Von jeher sahen die meisten kantonalen Gesetzgebungen für den Schuldner, dessen Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise zu Verlust kamen,

---

[2]) Vergl. z. B. Zürich EG 107, Bern EG 50, Ziff. 2.

[3]) Die kantonalen Strafbestimmungen sind abgedruckt bei Brand und Wasem, S. 207 ff.

[4]) Dieses Genehmigungsrecht begreift aber nur diejenigen Strafbestimmungen in sich, welche im Rahmen der Vorschrift in B 25, Ziff. 3, d. h. zur Vollziehung des Gesetzes erlassen wurden, also nicht diejenigen betreffend leichtsinnigen und betrügerischen Konkurs; vergl. auch Jaeger, Art. 25, N. 5 und Botschaft, S. 77.

eine Minderung seiner Ehre, oder wenigstens seiner staatsbürgerlichen Rechte und Befugnisse vor. Der Bundesgesetzgeber überlässt es nun den Kantonen in fakultativer Weise, auch fernerhin die öffentlichrechtlichen Folgen des Konkurses und der fruchtlosen Pfändung festzustellen, allerdings unter Vorbehalt der gemäss Art. 66 der Bundesverfassung vorgesehenen bundesgesetzlichen Bestimmungen über die politischen Rechte der Schweizerbürger (B 26, Al. 1).[5])

1. Die kantonalrechtliche Regelung der Materie ist eine äusserst mannigfaltige.[6])

a. Die Voraussetzungen des Eintritts werden nach der obern Grenze in B 26, Al. 1 abschliessend aufgezählt, d. h. das kantonale Recht darf ihren Eintritt an

---

[5]) Ein solches Bundesgesetz wurde bis jetzt noch nicht erlassen. Dagegen steht mit der Frage im Zusammenhang Art. 18 der schweiz. Militärorganisation vom 3. November 1907, welcher vorschreibt: «Offiziere, die ... in Konkurs fallen, oder fruchtlos ausgepfändet werden, sind von der Erfüllung der Dienstpflicht ausgeschlossen. Wird der Zustand, der den Ausschluss veranlasst hat, aufgehoben, so entscheidet die Wahlbehörde, ob der Ausgeschlossene wieder zur Dienstleistung zugelassen werden darf. Unteroffiziere, die . . . in Konkurs fallen oder fruchtlos ausgepfändet werden, sind für die Dauer dieses Zustandes von der Erfüllung der Dienstpflicht ausgeschlossen». Diese — ziemlich unklar redigierte — Vorschrift hat ohne Rücksicht auf das kant. Recht überall Geltung.

[6]) Sie existiert grundsätzlich in allen Kantonen, ausser im Wallis und in Neuenburg. Die betreffenden Vorschriften sind abgedruckt bei Brand und Wasem, S. 585 ff. und bei Schröter: Die öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses in der Schweiz; Bern, 1902; vergl. auch eine Uebersicht bei Reichel, Art. 26, N. 4. Die Kantone sind frei, die in einem andern Kanton ausgesprochenen Ehrenfolgen des Konkurses oder der fruchtlosen Pfändung anzuerkennen oder nicht. Ebenso ist es ihnen anheimgestellt, die Tatsache, dass eine fruchtlose Betreibung oder ein Konkurs in einem andern Kanton stattgefunden hat, zu berücksichtigen oder nicht. Tun sie es aber, d. h. behandeln sie die in einem andern Kanton in Konkurs Gefallenen oder fruchtlos Ausgepfändeten auch im eigenen Kanton als solche, so müssen sie dies im ganzen Umfange tun, d. h. die betreffenden Schuldner in allen Beziehungen ihren einschlagenden Gesetzesbestimmungen unterstellen; vergl. BE XXVII (1), 1.

keine andern betreibungsrechtlichen Tatbestände knüpfen als an den Konkurs und die fruchtlose Pfändung.[7]) Dagegen bleibt es dem kantonalen Gesetzgeber unbenommen, die Folgen einzig beim Konkurs eintreten zu lassen.[8]) Ferner aber kann entweder bestimmt werden, dass die Folgen unmittelbar mit der Tatsache des Konkurserkenntnisses, bezw. der Ausstellung eines definitiven Verlustscheines eintreten, oder dass ihr Eintritt in einem besondern Verfahren erkannt werden muss, wobei dann in einigen Rechten der erkennenden Behörde die Möglichkeit offen steht, aus bestimmten Gründen von der Verhängung Umgang zu nehmen.[9])

b) Die Umschreibung der öffentlichrechtlichen Folgen selbst ist wiederum eine verschiedenartige. Regelmässig bestehen die letzteren in der Entziehung der politischen Ehrenrechte (Einstellung im Aktivbürgerrecht), was dann seinerseits — sei es gestützt auf die ausdrückliche Vorschrift der einschlagenden Rechtsnormen, sei es gemäss den allgemeinen Grundsätzen des kantonalen Staatsrechtes — die Unfähigkeit zur Bekleidung bestimmter öffentlicher Aemter oder der Ausübung patentierter Berufsarten nach sich zieht.[10]) Oefters aber werden damit auch noch ge-

---

[7]) Also nicht etwa an die Ausstellung eines provisorischen Verlustscheins gemäss B 115; vergl. BE XXVI (1), 40.

[8]) Dies geschieht in Zürich, Waadt und Genf. Zu Unrecht nimmt Jaeger, Art. 26, N. 2 mit A IV, 26 an, dass dies gegen Art. 4 BV (den Grundsatz der Rechtsgleichheit) verstosse, indem in beiden Fällen die äussern Verhältnisse nicht die gleichen sind.

[9]) Bestimmungen der erstern Art finden wir in Zürich, Bern, Luzern, Uri, Zug, Solothurn, Baselland, Graubünden, Aargau, während die übrigen Rechte mit mehr oder weniger grossen Verschiedenheiten der zweiten Gruppe angehören.

[10]) Spezielle Bestimmungen in dieser Beziehung besitzen namentlich Zürich, Baselstadt, Graubünden, Aargau, Genf. Hinsichtlich der Beamten und Angestellten des Bundes bestimmt der Bundesratsbeschluss vom 2. Juni 1894 betr. das Dienstverhältnis der in Konkurs geratenen oder bevogteten Beamten und Angestellten, dass dieselben vom Tage der Bekanntmachung des Konkurses, bezw. der Ausstellung eines Verlustscheins an, sofern im letztern Fall der Bundesrat nicht anders verfügt, als provisorisch angestellt gelten.

wisse zivilrechtliche und zivilprozessuale Folgen verknüpft, wie z. B. Verlust der elterlichen Gewalt, sowie der Rechte am Vermögen der Ehefrau, der Zeugnisfähigkeit im Zivilprozess und bei der Errichtung letzter Willensverordnungen, der Fähigkeit zur Leistung eines Schätzungs- oder Erfüllungseides, ferner Eintritt der Kostenversicherungspflicht im Zivilprozess etc.[11]) Endlich wird beinahe überall der Eintritt dieser Folgen im kantonalen Amtsblatt oder in andern Publizitätsorganen veröffentlicht, was nach der bundesgerichtlichen Praxis ebenfalls einen speziellen Teil der öffentlichrechtlichen Folgen darstellt.[12])

c. Der Kreis der von den öffentlichrechtlichen Folgen betroffenen Personen wird in einigen Kantonen dahin eingeschränkt, dass nur volljährige Personen darunter fallen.[13]) Anderseits aber treffen wir auch wiederum die Bestimmung an, dass beim Konkurs der Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften, sowie der Genossenschaften, die Kollektivgesellschafter, bezw. die unbeschränkt haftenden Teilhaber im Aktivbürgerrecht eingestellt werden.[14])

d. Die Dauer der Folgen wird verschiedenartig bemessen: Entweder treten dieselben nur während der Dauer des Konkursverfahrens, oder dann auf entweder im Gesetz genau bestimmte oder durch den Richter festgesetzte Zeit (zwischen 1 und 10 Jahren variierend), oder endlich unbegrenzt, d. h. bis zum Zeitpunkt einer erfolgten Rehabilitation, (vergl. unten Ziff. 2) ein.[15])

2. Eine Aufhebung der öffentlichrecht-

---

[11]) Vergl. namentlich Aargau: Gesetz vom 28. Mai 1894, § 6.

[12]) Vergl. BE XXVI (1), 40.

[13]) So in Bern, Uri, Schwyz. Die Frage, ob auch Frauen dabei in Betracht kommen, hat die Gesetzgebung nirgends ausdrücklich entschieden. Die bernische Praxis bejaht es; vergl. ZBJV XXXVII, S. 406.

[14]) So in Nidwalden, Glarus, Baselstadt.

[15]) Im erstgenannten Sinn legiferiert nur Zürich, im letztgenannten Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Freiburg, Thurgau und Genf, während die übrigen kantonalen Rechte die Zeitdauer limitieren.

lichen Folgen (Rehabilitation) hat nach bundesrechtlicher Vorschrift einzutreten, wenn der Konkurs widerrufen wird, oder wenn sämtliche zu Verlust gekommene Gläubiger befriedigt sind oder der Rehabilitation beistimmen (B 26, Al. 2). Daneben aber steht es dem kantonalen Recht frei, auch weitere Rehabilitationsgründe aufzustellen, wie z. B. mangelndes Verschulden an der eigenen Insolvenz, teilweise Befriedigung der zu Verlust gekommenen Gläubiger, gute Aufführung des Schuldners nach Ablauf einer gewissen Zeit.[16])

IV. Kapitel.

Das Einleitungsverfahren.

(Betreibung im engern Sinn).

Erster Unterabschnitt.

Anhebung und Beginn der Betreibung.

§ 22.

Das Betreibungsbegehren.

I. Begriff und Bedeutung.

Die Einleitung der Betreibung geschieht regelmässig nur auf ausdrückliches Verlangen eines Gläubigers (Betreibungsbegehren).[1])

Das Betreibungsbegehren ist demnach die von einem Gläubiger an das Betreibungsamt gerichtete Aufforderung, die Betreibung zu beginnen. Es bedeutet vom Standpunkt des Gläubigers aus betrachtet die Anhebung der Betreibung (vergl. auch die Titelüberschrift zu B 67).

---

[16]) Derartige Bestimmungen besitzen in mannigfachen Variationen Bern, Uri, Nidwalden, Glarus, Baselland, Appenzell I. Rh. Graubünden, Tessin, Waadt.

[1]) Eine Ausnahme von dieser Regel kann höchstens bei der konkursamtlichen Liquidation einer erblosen Verlassenschaft angenommen werden, indem dieselbe u. U. auch durch eine Amtsstelle angeregt werden kann (vergl. § 15, Note 26 hievor).

Neben dieser rein betreibungsrechtlichen Bedeutung kommt ihm aber auch noch eine zivilrechtliche Funktion zu. Art. 154, Ziff. 2 OR sieht nämlich vor, dass die Verjährung u. a. durch «Anheben der Betreibung» unterbrochen werde. Es ist nun in der Doktrin streitig, ob hierunter die Einreichung des Betreibungsbegehrens, oder aber die Zustellung des Zahlungsbefehls zu verstehen sei. Die erstere Ansicht muss als die zutreffende bezeichnet werden, indem sie — wie oben gezeigt — mit dem Sprachgebrauch des B übereinstimmt. Ueberdies aber entspricht es der Natur der Sache, dass man bei der Unterbrechung der Verjährung eher auf ein subjektives Handeln des Gläubigers als auf die Vornahme einer Amtshandlung abstellt.[2])

II. Der Inhalt.

Um seinem Zwecke zu genügen, muss das Betreibungsbegehren diejenigen Angaben enthalten, welche das Betreibungsamt in Stand setzen, die Betreibung zu beginnen. Dieselben beziehen sich einerseits auf die am Verfahren beteiligten Personen, anderseits auf den zu vollstreckenden Anspruch.

1. Die Personalangaben umfassen:

a) Name und Wohnort des Gläubigers und seines allfälligen Bevollmächtigten (vergl. § 15, II, Ziffer 4 hievor), sowie, wenn der Gläubiger im Ausland wohnt, das von ihm in der Schweiz gewählte Domizil. Im Falle mangelnder Bezeichnung wird angenommen, das letztere befinde sich im Lokale des Betreibungsamtes (B 67, Ziff. 1). Die Folge davon ist, dass alle für den Gläubiger bestimmten Aktenstücke und für ihn eingegangenen Gelder auf dem Betreibungsamt liegen bleiben, eine Übermittlung also nicht vorgenommen wird, gleichwohl aber die mit der letztern verbundenen Fristen laufen.[3])

---

[2]) Gleicher Meinung Jaeger Art. 67, N. 1, Reichel, Art. 67 N. 4; Brüstlein in A V, 62; dagegen Rossel: Manuel p. 239 und Hafner in A V, 84.

[3]) Vergl. BE XXI, 94. Die Beamten und Angestellten des

b) Name und Wohnort des Schuldners und gegebenenfalles auch seines gesetzlichen Vertreters (B 67, Ziff. 2; vergl. § 15, III, Ziff. 2 hievor).[4]) Die Nennung eines bloss vertraglichen Vertreters des Schuldners hat regelmässig keinen Zweck, da bei Beginn der Betreibung die Zustellung an den Schuldner selbst oder seinen gesetzlichen Vertreter erfolgen muss, B 66, Al. 1 demnach hier nicht Anwendung findet.[5])

2. Die Angaben hinsichtlich des zu vollstreckenden Anspruches betreffen:

a) Die Forderungssumme oder die Summe, für welche Sicherheit verlangt wird, in gesetzlicher Schweizerwährung, bei verzinslichen Forderungen den Zinsfuss und den Tag, seit welchem der Zins gefordert wird (B 67, Ziff. 3);[6])

b) die Forderungsurkunde und deren Datum; in Ermangelung einer solchen, den Grund der Forderung (B 67, Ziff. 4). Die Vorweisung des Forderungstitels selbst an das Betreibungsamt ist nicht notwendig, indem dieses keinerlei Prüfung der rechtlichen Begründetheit des Anspruches vorzunehmen hat. Auch die geforderten Angaben über Titel oder Schuldgrund dienen lediglich der Orientierung des Schuldners.[7]) Zum

---

Amtes dürfen auch nicht etwa privatim die Wahrung der Interessen des betreffenden Gläubigers übernehmen. (Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 7. Februar 1891); Martin p. 59.

[4]) Die Bezeichnung muss genau auf die zu betreibende Person hinweisen. Es genügt z. B. die Kollektivbezeichnung «Familie N», oder «Erbschaft X» nicht. Auf eine solche Bezeichnung hin darf nach richtiger Ansicht ein Zahlungsbefehl nicht erlassen werden (vergl. A III, 92). Die neuere Praxis lässt dies jedoch zu, gibt aber allen Beteiligten ein Beschwerderecht (BE XXVI (1), 45; XXXI (1), 131).

[5]) A. M. Jaeger, Art. 67, N. 13.

[6]) Der Gläubiger kann den geforderten Betrag im Laufe des Verfahrens jederzeit reduzieren; vergl. BE XXVII (1), 66.

[7]) Wenn daher der Gläubiger dem Schuldner vor Anhebung der Betreibung einen Rechnungsauszug gesandt hat, so genügt es, wenn er im Betreibungsbegehren auf diesen verweist; vergl. BE XXIX (1), 74.

gleichen Zwecke wird nach Zustellung des Zahlungsbefehls auf Verlangen des Schuldners der Gläubiger aufgefordert, innerhalb der Bestreitungsfrist den Forderungstitel im Original oder in amtlich beglaubigter Abschrift beim Betreibungsbeamten zur Einsicht aufzulegen.[8]) Kommt der Gläubiger der Aufforderung nicht nach, so wird der Ablauf der Bestreitungsfrist dadurch nicht gehemmt. In einem nachfolgenden Rechtsstreite hat jedoch der Richter beim Entscheide über die Prozesskosten den Umstand zu berücksichtigen, dass der Schuldner den Forderungstitel nicht einsehen konnte (B 73). Schlechtweg obligatorisch dagegen ist die Uebergabe der Forderungsurkunde an das Betreibungsamt bei der Wechselbetreibung (B 177, Al. 2).

c) Handelt es sich um eine pfandversicherte Forderung, so ist auch der Pfandgegenstand, sowie gegebenenfalles der Name des Dritten, welcher das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat, anzugeben (B 67, Al. 2; 151, Al. 1).

d) Bei der Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen kann der Gläubiger verlangen, dass in den Zahlungsbefehl die in OR 287 und 312 erwähnte Androhung aufzunehmen sei (B 282, Al. 1; vergl. § 23, II, Ziff. 3 hienach).

III. Form und Einreichung des Begehrens.

Das Betreibungsbegehren ist schriftlich oder mündlich an das Betreibungsamt zu richten (B 65, Al. 1).[9]) Zuständig zur Entgegennahme des Begehrens ist das Betreibungsamt des Betreibungsortes (vergl. § 17 hievor).[10])

---

[8]) Nach Ablauf der Bestreitungsfrist hat der Schuldner kein Recht mehr auf Vorweisung des Titels; vergl. BE XXVII (1), 105.

[9]) Dabei kann im gleichen Begehren die Betreibung gegen mehrere Schuldner verlangt werden; vergl. A IV, 22.

[10]) Zur Adressierung genügt die Angabe der Gemeinde, zu welcher der Betreibungsort gehört; die Postverwaltung befördert ein so adressiertes Begehren an das zuständige Betreibungsamt (Verordnung Nr. 1, Art. 6).

Für die schriftliche Form existiert ein gedrucktes Formular, dessen Gebrauch aber nicht obligatorisch ist (Verordnung Nr. 1, Art. 2 und 6). Die mündliche Anbringung des Begehrens besteht darin, dass der Gläubiger dem Betreibungsbeamten die nötigen Angaben macht, welcher sie in das Formular einträgt und dieses vom Gläubiger unterzeichnen lässt (Verordnung Nr. 1, Art. 7).[11])

Eine besondere Art der Einreichung des Betreibungsbegehrens ist vorgesehen in Verbindung mit den sog. Einzugsmandaten gemäss Art. 66—75 der Transportordnung für die schweiz. Posten vom 3. Dez. 1894. Für den Fall nämlich, dass der Schuldner die Einlösung des Mandates verweigert, kann der Gläubiger durch einen Vermerk auf dem letztern die Ueberweisung desselben an das Betreibungsamt der Post auftragen, wobei es ihm freisteht, sein Betreibungsbegehren dem Mandat gleich von vorneherein beizulegen, oder aber dasselbe nach erhaltener Mitteilung von der Einlösungsverweigerung dem Betreibungsamt direkt einzusenden.

Der Eingang eines jeden Betreibungsbegehrens ist dem Gläubiger auf Verlangen gebührenfrei zu bescheinigen (B 67 Al. 3).[12]) Namentlich aber hat das Amt dem Gläubiger Mitteilung zu machen, wenn es aus irgend einem Grund — z. B. wegen unvollständiger Angaben — die Vollziehung des Begehrens verweigert.[13])

Zugleich mit der Einreichung des Betreibungsbegehrens

---

[11]) Auch bei einem unzuständigen Betreibungsamt kann eine mündliche Anbringung erfolgen. Dasselbe ist verpflichtet, die Ausfüllung des Formulars und die Adressierung an das zuständige Amt gegen eine Gebühr von 30 Cts. zu besorgen (Verordnung Nr. 1, Art. 5), während die Anbringung beim zuständigen Amt kostenfrei ist.

[12]) Berechnet wird nur die Frankatur für eine allfällige Zusendung der Bescheinigung (Verordnung Nr. 1, Art. 6).

[13]) Vergl. A III, 92. Zu einer derartigen Rückweisung ist das Amt ausnahmslos dann berechtigt, wenn im Begehren eine der in B 67 geforderten Angaben fehlt oder undeutlich ist; vergl. A VII, 148, X, 75. Es ist eine derartige Rückweisung notwendig im Interesse einer gesetzmässigen Ausfertigung des Zahlungsbefehls (vergl. § 23, I hienach).



hat der Gläubiger auch den ihm obliegenden Kostenvorschuss zu leisten, ansonst das Betreibungsamt unter Anzeige an ihn die Zustellung des Zahlungsbefehls einstweilen unterlassen kann (B 68, Al. 1; vergl. darüber § 13, II hievor).

§ 23.
Der Zahlungsbefehl.

I. Begriff.

Der Zahlungsbefehl ist die durch das Betreibungsamt auf ergangenes Betreibungsbegehren hin an den Schuldner gerichtete amtliche Aufforderung, den Gläubiger zu befriedigen, oder aber sich dem Anspruch desselben auf dem vorgeschriebenen Wege zu widersetzen, unter Androhung bestimmter betreibungsrechtlicher Folgen im Unterlassungsfalle.

1. Voraussetzung des Zahlungsbefehls ist also immer ein vom Gläubiger gestelltes Betreibungsbegehren (B 69, Al. 1). Ohne ein solches darf ein Zahlungsbefehl nicht erlassen werden (vergl. § 22, I hievor). Anderseits aber ist das Vorhandensein eines Betreibungsbegehrens die einzige Voraussetzung des Zahlungsbefehles. Namentlich hat derselbe ohne Rücksicht auf den materiellen Bestand, die Fälligkeit und die Liquidität der vom Gläubiger geltend gemachten Forderung zu erfolgen, da dem Betreibungsbeamten eine Kognition hierüber gar nicht zusteht.

Hieraus folgt, dass der Gläubiger an sich für die nämliche Forderung mehrere Zahlungsbefehle auswirken kann. Das Schuldbetreibungsrecht kennt kein der zivilprozessualen Einrede der Rechtshängigkeit analoges Institut; durch den Erlass eines Zahlungsbefehls wird der Anspruch auf Betreibung nicht konsumiert, vielmehr laufen die verschiedenen Betreibungen nebeneinander, sofern sie der Schuldner nicht durch Rechtsvorschlag hemmt.[1])

[1]) In diesem Sinne auch A V, 130; BE XXVI (1), 98, wo allerdings ein — etwas undeutlich formulierter — Vorbehalt für den Fall der chikanösen Anhebung mehrfacher Betreibung gemacht wird. Jedenfalls wäre aber auch hier nach dem Wortlaut des Gesetzes der Betreibungsbeamte, mangels einer materiellen Kognition nicht berechtigt, den Erlass eines zweiten Zahlungsbefehls zu verweigern.

2. Die Wirkung des Zahlungsbefehls besteht im Beginn der Betreibung. Ist der Zahlungsbefehl dem Schuldner zugestellt, so ist die Betreibung eingeleitet und äussert ihre Folgen, sofern der Schuldner nicht entweder den Gläubiger befriedigt oder aber die Betreibung durch Rechtsvorschlag hemmt. Die Wirkung des Zahlungsbefehls ist somit eine rein betreibungsrechtliche.[2])

3. Seiner rechtlichen Natur nach muss der Zahlungsbefehl als ein spezifisch schweizerisches Vollstreckungsinstitut bezeichnet werden, welches in den Exekutionsbestimmungen anderer Gesetzgebungen keine ihm durchaus entsprechende Einrichtung findet.[3]) Sein Charakteristikum liegt darin, dass er von einer aussergerichtlichen Behörde zum Zwecke der Vollstreckung eines Anspruches erlassen wird, ohne dass ihm eine gerichtliche Bestätigung des zu vollstreckenden Anspruches vorauszugehen oder notwendigerweise nachzufolgen braucht. Er bedeutet somit streng genommen die prinzipielle Loslösung der Vollstreckung vom Prozessverfahren und findet seiner äussern und innern Struktur nach ein Analogon am ersten im Verwaltungsbefehl.[3a]) Nicht zutreffend ist es daher, wenn man ihn als einen Ersatz für die zivilrechtliche Klage bezeichnet.[4])

---

[2]) Ueber die ihm von verschiedener Seite beigelegte zivilrechtliche Wirkung (Unterbrechung der Verjährung) vergl. § 22, Note 2 hievor.

[3]) Am nächsten mit ihm verwandt ist der Zahlungsbefehl im sog. Mahnverfahren der deutschen ZPO (§ 688 ff); vergl. Schmidt, Lehrbuch, S. 600 ff.

[3a]) Vergl. Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I, 1895, S. 271 ff.

[4]) So Reichel, Art. 69, N. 2 und A II, 79. Reichel will ihn denn auch unter den Begriff der «action» im Sinne des Art. 1 des Gerichtsstandsvertrages mit Frankreich vom 15. Juni 1869 subsumieren und kommt demnach zum Schluss, dass der Erlass eines Zahlungsbefehls für eine nicht durch Urteil festgestellte Forderung gegenüber einem in Frankreich wohnenden Franzosen nicht zulässig sei. Dagegen Roguin: Conflits des lois suisses, p. 834; vergl. auch § 17, Note 9 hievor.

II. Der Inhalt des Zahlungsbefehls.

Mit Rücksicht auf die dem Zahlungsbefehl zukommende Funktion setzt sich sein Inhalt aus drei Hauptbestandteilen zusammen. Er soll einerseits den Schuldner über die Person des betreibenden Gläubigers und über den von diesem geltend gemachten Anspruch informieren, anderseits hat er ihn betreffend das von ihm nach gesetzlicher Vorschrift zu beobachtende Verhalten aufzuklären und endlich macht er ihn mit den rechtlichen Folgen seines Verhaltens im einen und im andern Fall bekannt.[4a])

1. Die Informierung über den Gläubiger und seinen Anspruch geschieht dadurch, dass der Zahlungsbefehl die Angaben des Betreibungsbegehrens (vergl. § 22, II hievor) enthält (B 69, Ziff. 1). Diese Angaben müssen den in B 67 gestellten Anforderungen entsprechen, weshalb der Betreibungsbeamte nur gestützt auf ein richtig abgefasstes und vollständiges Betreibungsbegehren einen ordnungsgemässen Zahlungsbefehl erlassen kann. Er hat auch kein Recht, die fehlerhaften oder unvollständigen Angaben eines Betreibungsbegehrens von sich aus zu ergänzen.[5])

2. Zur Aufklärung des Schuldners über das von ihm zu beobachtende Verhalten wird im Zahlungsbefehl aufgenommen:

a. Die Aufforderung, binnen zwanzig Tagen den Gläubiger für die Forderung samt Betreibungskosten zu befriedigen oder, falls die Forderung auf Sicherheitsleistung geht, sicherzustellen (B 69, Ziff. 2).

Bei der Betreibung auf Pfandverwertung beträgt die anzusetzende Zahlungsfrist einen Monat, wenn es sich um

---

[4a]) Andere Angaben, die auf dem Zahlungsbefehl angebracht werden z. B. die Bemerkung, dass die Betreibung bloss zwecks Unterbrechung der Verjährung erfolge, sind rechtlich völlig irrelevant; vergl. BE XXIX (1), 45.

[5]) Unvollständigkeit der Angaben über Gläubiger und Anspruch macht den Zahlungsbefehl nur dann anfechtbar, wenn sie die notwendige genaue Orientierung des Schuldners verunmöglicht; vergl. BE XXXI (1), 88, 131.

ein Faustpfand, sechs Monate, wenn es sich um ein Grundpfand handelt (B 152, Ziff. 1); bei der Wechselbetreibung ist sie auf fünf Tage fixiert (B 178, Ziff. 1).

b. Die Mitteilung, dass der Schuldner, welcher die Forderung oder einen Teil derselben oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten will, innerhalb zehn, bei der Wechselbetreibung innerhalb fünf Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsamt dies zu erklären (Rechtsvorschlag zu erheben) hat (B 69, Ziff. 3; 178, Ziff. 2; vergl. § 24 hienach).

Bei der Betreibung für Mietzinse ist in denjenigen Fällen, in welchen OR 287 dem Vermieter für die Auflösung des Mietvertrages die Ansetzung einer Frist von fünf Tagen gestattet, die Frist zur Anbringung des Rechtsvorschlages auf drei Tage herabzusetzen (B 282, Al. 2).

3. Von den eventuell eintretenden Rechtsfolgen des Verfahrens wird der Schuldner in Kenntnis gesetzt durch die im Zahlungsbefehl aufzunehmende Androhung, dass wenn der Schuldner weder dem Zahlungsbefehl nachkommt, noch Rechtsvorschlag erhebt, die Betreibung ihren Fortgang nehmen werde (B 69, Ziff. 4; 152, Ziff. 2; 178, Ziff. 4).[6])

Bei der Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen ist auf Verlangen des Gläubigers die in OR 287 und 312 erwähnte Androhung (betr. vorzeitige Auflösung des Vertrages) aufzunehmen und derselben beizufügen, dass nach Ablauf der gesetzlichen Frist der Gläubiger die sofortige Ausweisung des Mieters oder Pächters verlangen könne (B 282, Al. 1).

III. Die Ausfertigung.

Der Zahlungsbefehl muss immer die Unterschrift des Betreibungsbeamten tragen. Für seine Ausfertigung bestehen besondere amtliche Formulare, deren Benutzung durch das Betreibungsamt obligatorisch ist (Verordnung

---

[6]) Vergl. dazu BE XXX (1), 100.

Nr. 1, Art. 12).[7]) Der Zahlungsbefehl wird doppelt ausgefertigt.[8]) Die eine Ausfertigung ist für den Schuldner, die andere für den Gläubiger bestimmt (B 70, Al. 1), wie sie denn auch auf dem Formular als solche bezeichnet werden (Verordnung Nr. 1, Art. 12). Werden Mitschuldner (für die nämliche Schuld) gleichzeitig betrieben, so ist jedem ein besonderer Zahlungsbefehl zuzustellen,[9]) ausgenommen wenn mehrere einen gemeinsamen Vertreter haben (B 70, Al. 2). Dabei kann es sich aber immer nur um einen gesetzlichen Vertreter (gemäss B 47), niemals um einen vertraglichen, handeln, und noch weniger ist natürlich das Betreibungsamt befugt, eine bestimmte Person — z. B. einen Miterben oder das Familienhaupt — als Vertreter mehrerer Mitschuldner zu präsumieren.[10])

Lauten die beiden Ausfertigungen nicht gleich, so ist die dem Schuldner zugestellte massgebend (B 70, Al. 1).[11]) Jedenfalls aber ist anzunehmen, dass Irrtümer und Misschreibungen auf dem einen wie auf dem andern Doppel zu jeder Zeit berichtigt werden können, und zwar haben der-

---

[7]) Die Verordnung unterscheidet fünf verschiedene Arten dieses Formulars: für gewöhnliche Betreibung (auf Pfändung oder Konkurs), für die Betreibung auf Verwertung eines Faustpfandes, für die Betreibung auf Verwertung eines Grundpfandes, für die Wechselbetreibung und für die Betreibung für Miet- und Pachtzinse.

[8]) Dreifache Ausfertigung ausnahmsweise bei der Betreibung auf Pfandverwertung, sofern ein Dritter das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat (B 153, Al. 2).

[9]) Es handelt sich dabei eben immer um verschiedene Betreibungen (vergl. BE XXVIII (1), 22, XXXII (1), 24, weshalb auch für jede eine eigene Gebühr berechnet wird (BE XXVI (1), 66). Der Solidarschuldner, dem ein Zahlungsbefehl zugestellt wird, kann sich nicht darüber beschweren, wenn dies seinem Mitschuldner gegenüber nicht geschah (vergl. BE XXVI (1), 65).

[10]) Ebenso BE XXVI (1), 22, 45, XXXII (1), 89 und Jaeger, Art. 70, N. 8. Dagegen kann der Vertreter seinerseits zugleich auch Mitschuldner sein (vergl. BE XXIV (1), 148).

[11]) Dies bezieht sich natürlich nur auf Angaben, die auf beiden Doppeln zu stehen haben, also z. B. nicht auf den Vermerk gemäss B 76, der nur auf dem Gläubigerdoppel gemacht wird; vergl. BE XXV (1), 100, XXVI (1), 44.

artige Berichtigungen von Amtes wegen, ohne ein neues Begehren des Gläubigers, stattzufinden.[12])

IV. Die Zustellung.

Der Zahlungsbefehl äussert seine betreibungsrechtlichen Wirkungen erst dann, wenn er dem Schuldner in gesetzlicher Weise zugestellt ist (vergl. § 20, IV hievor). Die Betreibung ist deshalb erst im Momente dieser Zustellung als eingeleitet zu betrachten.[13]) Dem Gläubiger gegenüber findet eine Zustellung im technischen Sinne nicht statt. Vielmehr wird ihm seine Ausfertigung unmittelbar nach dem erfolgten Rechtsvorschlag, und wenn ein solcher nicht erfolgt ist, sofort nach Ablauf der Betreibungsfrist durch einfache Zusendung übermittelt (B 76, Al. 2).[14])

Die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner hat spätestens an dem auf den Eingang des Betreibungsbegehrens folgenden Tag zu geschehen (B 71, Al. 1). Immerhin darf diese Bestimmung lediglich als Ordnungsvorschrift aufgefasst werden (vergl. § 18, I, Ziff. 1 hievor). Die Nichteinhaltung der gesetzten Frist übt deshalb weder auf die Gültigkeit des Zahlungsbefehls, noch auf diejenige der Betreibung als solche einen Einfluss aus, sondern äussert höchstens Disziplinarwirkungen für den Beamten.[15])

Wenn gegen den nämlichen Schuldner mehrere Betreibungsbegehren vorliegen, so sind sämtliche Zahlungsbefehle gleichzeitig zuzustellen. In keinem Falle darf einem später eingegangenen Begehren vor einem frühern Folge gegeben werden (B 71, Al. 2 und 3).

---

[12]) Vergl. BE XXVIII (1), 52, XXX (1), 83; A VIII, 110.

[13]) Unrichtig BE XXVII (1), 119, wo angenommen wird, der Schuldner könne durch konkludente Handlungen auf die Zustellung eines Zahlungsbefehls verzichten.

[14]) Das Gesetz braucht allerdings auch hier irrtümlicherweise den Ausdruck «zugestellt». Dass es sich trotzdem nicht um eine Zustellung im technischen Sinn handelt, ergibt sich aus B 72, worauf in B 76, Al. 2 nicht Bezug genommen wird.

[15]) Ebenso BE XXXII (1), 23.

Zweiter Unterabschnitt.

§ 24.
Der Rechtsvorschlag.

I. Begriff.

Der Rechtsvorschlag ist eine vom Betriebenen nach Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsamt abgegebene, vom Gesetz mit besondern Rechtswirkungen versehene Erklärung, woraus hervorgeht, dass er die in Betreibung gesetzte Forderung, oder einen Teil derselben, oder endlich das Recht des Gläubigers, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreitet (B 69, Ziff. 3). Der Rechtsvorschlag stellt demnach eine gesetzlich vorgesehene Art des Widerspruches des Betriebenen gegenüber dem ihm zugestellten Zahlungsbefehl dar. Dagegen ist er nicht die einzig und ebensowenig die immer zulässige Art des Widerspruchs. Der letztere kann vielmehr im Wege des Rechtsvorschlages nur dann erfolgen, wenn die im Gesetz hiefür genannten Voraussetzungen gegeben sind. In allen andern Fällen ist der Widerspruch durch Beschwerde gemäss B 17 ff geltend zu machen (vergl. § 9 hievor).

Das Institut des Rechtsvorschlages findet seine Begründung in der Natur und der Aeusserung des Betreibungsverfahrens selbst. Da das letztere angehoben wird, ohne dass der Betriebene vorher hinsichtlich der Schuldpflicht zu Worte kommt und ohne dass überhaupt das Vorhandensein der letztern in irgend einer Weise festgestellt zu werden braucht, so ist umgekehrt auch unerlässlich, dass der Betriebene mindestens nach angehobenem Verfahren seine Einwände in materieller und formeller Beziehung geltend machen kann.[1]

II. Die Voraussetzungen des Rechtsvorschlags.

Da der Rechtsvorschlag einen Widerspruch des Betriebenen gegenüber dem Zahlungsbefehl darstellt, so kann

[1] Vergl. Botschaft vom 6. April 1886, S. 64; Martin, S. 56; BE XXVIII (1), 95.

er nur erfolgen, wenn überhaupt dem Betriebenen ein Zahlungsbefehl zugestellt worden ist. Einer vor diesem Zeitpunkt durch einen Schuldner abgegebenen Erklärung kommt niemals die Bedeutung eines Rechtsvorschlages zu.[2])

Ob aber der Betriebene Rechtsvorschlag erheben will oder nicht, ist durchaus in sein Ermessen gestellt. Und so wenig der Gläubiger gezwungen ist, zum Zwecke der Anhebung einer Betreibung für den Bestand seiner Forderung einen Beweis anzutreten, ebensowenig braucht der Betriebene die Begründetheit des von ihm erhobenen Rechtsvorschlages darzutun.[3])

Die Grundlage des Rechtsvorschlages ist also an sich rein subjektiver Natur. Immerhin bestimmt der Gesetzgeber, worauf der Wille des Betriebenen bei Erhebung des Rechtsvorschlages gerichtet sein muss, d. h. welche Gründe ihn gültig veranlassen können, Rechtsvorschlag zu erheben. Dies hat aber nicht den Sinn, dass das Vorhandensein dieser Gründe ausdrücklich aus dem Rechtsvorschlag hervorgehen muss. Vielmehr wird, wenn der Betriebene Rechtsvorschlag erhebt, ihr Vorhandensein vermutet, sofern nicht aus dem Wortlaut der gegebenen Erklärung direkt erhellt, dass der Rechtsvorschlag gar nicht aus den im Gesetze angegebenen Gründen erhoben werden wollte.

1. Die innere Veranlassung des Rechtsvorschlages ist entweder materiellrechtlicher oder betreibungsrechtlicher Natur.

a. Aus materiellrechtlichen Gründen wird Rechtsvorschlag erhoben, wenn der Betriebene die Forderung oder einen Teil derselben bestreiten will (B 69, Ziff. 3). Und zwar kann eine solche Bestrei-

---

[2]) Wenn daher der Betreibungsbeamte eine frühere Betreibung durch Erlass eines neuen Zahlungsbefehls korrigiert, so gilt die Betreibung nicht etwa schon durch einen gegenüber dem früheren Zahlungsbefehl erhobenen Rechtsvorschlag als gehemmt, sondern es muss der letztere neuerdings erhoben werden; vergl. BE XXVI (1), 70.

[3]) Eine Ausnahme findet nur statt bei der Wechselbetreibung (B 178, Ziff. 3, 181).



tung erfolgen, wenn entweder der Bestand der Forderung oder ihre Fälligkeit in Abrede gestellt, oder aber nachträgliche Aufhebung behauptet wird.[4])

b. Aus betreibungsrechtlichen Gründen kann ein Rechtsvorschlag dann und nur dann erhoben werden, wenn der Betriebene dem Gläubiger das Recht bestreiten will, die Forderung auf dem Betreibungswege geltend zu machen. Dies ist dann der Fall:

aa. Wenn die sachliche Zuständigkeit des Betreibungsamtes zur Anhebung der Betreibung für eine Forderung wie die vorliegende verneint wird. Das trifft zu, sofern der in Betreibung gesetzte Anspruch entweder von Gesetzes wegen überhaupt nicht Objekt der Schuldbetreibung sein kann (B 38, 44, 45; vergl. § 14 hievor), oder wenn seine betreibungsrechtliche Geltendmachung aus hier zutreffenden speziellen Gründen gesetzlich ausgeschlossen wird.[5]) Dagegen gehören nicht hieher diejenigen Fälle, in welchen zwar der geltend gemachte Anspruch an sich Objekt der Betreibung sein könnte, der Schuldner sich aber seiner betreibungsrechtlichen Vollstreckung widersetzen will, weil er die gewählte Art, den Ort oder die Zeit der Betreibung für anfechtbar hält. Zur Geltendmachung dieser letzteren Mängel ist nicht der Rechtsvorschlag, sondern die Beschwerde der richtige Weg, indem es sich hier nicht sowohl um Voraussetzungen der Anhebung einer

---

[4]) Die Praxis rechnet hieher auch den Fall der Bestreitung eines vom Gläubiger behaupteten Pfandrechtes (vergl. BE XXIII, 173; A IV, 28, 81; Jaeger, Art. 69, N. 12). Dagegen können nicht allfällige Rechte Dritter durch Rechtsvorschlag vorbehalten werden; vergl. BE XXVI (1), 64.

[5]) Bei der Verlustscheinforderung aus Konkurs, solange der Schuldner nicht zu neuem Vermögen gelangte (B 265; vergl. BE XXV (1), 74; A II, 131, V, 80); ferner bei der nicht unter B 50 fallenden Forderung gegen einen im Ausland wohnenden Schuldner (vergl. auch Jaeger, Art. 69, N. 12). Die Praxis setzt diesen Fällen auch noch diejenigen einer bereits früher erfolgten Betreibung oder eines vertraglichen Verzichtes des Gläubigers auf Anhebung der Betreibung gleich; vergl. A V, 130; BE XXVI (1), 47.

Betreibung, als vielmehr um Mängel im Verfahren selbst handelt.[6])

bb. Das Recht, den Anspruch auf dem Betreibungswege geltend zu machen, fehlt aber auch dann, wenn Gläubiger oder Betriebener nicht Subjekte einer Betreibung sein können, d. h. wenn ihnen die Legitimation zur Sache (vergl. § 15, II, Ziff. 1 und III, Ziff. 1 hievor) fehlt. Dagegen gehören nicht hieher die Fälle, in welchen Gläubiger oder Schuldner nicht zum Verfahren legitimiert sind (vergl. § 15, II, Ziff. 2 und III, Ziff. 2 hievor). In diesen letztern Fällen nämlich ist die Betreibung an und für sich zulässig, nur muss statt des Schuldners selbst sein gesetzlicher Vertreter ins Recht gefasst werden, bezw. es kann nur der gesetzliche Vertreter des Gläubigers für diesen das Betreibungsbegehren stellen. Geschieht dies nicht, so hat die Anfechtung wiederum durch Beschwerde und nicht durch Rechtsvorschlag zu erfolgen.[7])

2. Die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsvorschlag zulässig ist oder nicht, steht dem Betreibungsbeamten zu, da das Gesetz hiefür eine andere Behörde nicht vorsieht.[8]) Er übt diese Kognition in der Weise aus, dass er überall da, wo er einen Rechtsvorschlag als vorhanden ansieht, ihn als solchen protokolliert und dem Gläubiger auf der für ihn bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls mitteilt (B 76, Al. 1), während er ihn andernfalls als nicht geschehen betrachtet und protokolliert und demgemäss die Betreibung auf Begehren des Gläubigers fortsetzt. Gegen seine Verfügungen steht beiden Parteien ein Beschwerderecht zu.[9])

---

[6]) Vergl. Beispiele hiezu mit einschlägiger Judikatur bei Jaeger, Art. 59, N. 12. Voraussetzung für die Ungültigkeit des Rechtsvorschlages ist aber in allen diesen Fällen, dass neben der speziellen Bestreitung nicht auch eine allgemeine besteht; vergl. A IX, 12.

[7]) Beispiele bei Jaeger, Art. 69, N. 12; vergl. A VIII, 76.

[8]) Ausnahme für die Wechselbetreibung (B 181), wo der Richter über die Zulässigkeit des Rechtsvorschlages urteilt.

[9]) Vergl. auch Jaeger, Art. 74, N. 4; BE XXV (1), 55; A II,

III. Die Art und Weise der Erhebung des Rechtsvorschlages.

Zur Gültigkeit des Rechtsvorschlages gehört, dass er durch eine dazu legitimierte Person der zur Entgegennahme kompetenten Amtsstelle in gehöriger Form erklärt wird (B 69, Ziff. 3, 74).

1. Legitimiert zur Erhebung eines Rechtsvorschlages ist der Betriebene (B 69, Ziff. 3, 74, Al. 1). Als solcher kommt derjenige in Betracht, gegen welchen der Zahlungsbefehl gerichtet ist, welcher also darauf als Schuldner steht.[10]) Ihm ist aber auch derjenige gleichzustellen, auf welchen die passive Legitimation zum Verfahren nachträglich übergegangen ist (vergl. § 15, III, Ziff. 4 hievor). Dies ist der Fall bei der Fortsetzung einer gegenüber dem Erblasser angehobenen Betreibung gegen die Erbmasse (B 49) oder gegen die Erben (B 59, Al. 3). In beiden Fällen sind die Erben, bezw. ein vorhandener Masseverwalter legitimiert, soweit die Erhebung des Rechtsvorvorschlages überhaupt noch möglich ist.

Eine Person, welche nicht die Eigenschaft als Betriebener hat, ist, trotz vorhandener Interessen ihrerseits, nicht legitimiert.[11]) Besitzt jedoch der Betriebene einen gesetzlichen Vertreter, welchem der Zahlungsbefehl gemäss B 47 zugestellt wurde, so ist derselbe natürlich auch befugt, für seinen Vertretenen Rechtsvorschlag zu erheben. Immerhin kann auch der Vertretene selbst es tun unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Vertreter.[12]) Im Namen des Betriebenen kann aber auch ein vertrag-

---

125, 126. Die Beschwerdefrist läuft von dem Momente an, wo die Parteien von der Entschliessung des Betreibungsbeamten Kenntnis erhalten; vergl. BE XXIII, 132.

[10]) Erhebt von mehreren betriebenen Solidarschuldnern bloss einer Rechtsvorschlag, so wirkt derselbe nur für ihn, wenn er nicht auch ausdrücklich als Vertreter seiner Mitschuldner handelte; vergl. A VII, 55.

[11]) Also auch nicht der Pfandeigentümer, trotzdem ihm gemäss B 153, Al. 2 eine Ausfertigung des Zahlungsbefehls zugestellt wird; vergl. Jaeger, Art. 74, N. 1; BE XXIII, 250; XXIV (1), 28.

[12]) So auch Jaeger, Art. 74, N. 3.

licher Vertreter Rechtsvorschlag erheben.[13]) Und endlich lässt die Praxis eine solche Erhebung sogar im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag zu, wobei aber immer die Genehmigung durch den Betriebenen selbst, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, erfolgen muss.[14])

2. Die Form der Erhebung des Rechtsvorschlages besteht darin, dass der Betriebene nach Zustellung des Zahlungsbefehls mündlich oder schriftlich[15]) erklärt, dass er Rechtsvorschlag erhebe, bezw. die Forderung oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreite.[16])

Zuständig zur Entgegennahme des Rechtsvorschlages ist regelmässig das Betreibungsamt, und zwar dasjenige, welches den Zahlungsbefehl erliess.[17]) Dabei darf jedoch angenommen werden, dass das erlassende Betreibungsamt durch dasjenige Organ repräsentiert wird, welches es mit der Zustellung des Zahlungsbefehls beauftragte (vergl. § 20, IV, Ziff. 2 hievor), so dass eine Erklärung des Rechtsvorschlages bei diesem genügt, sofern sie im Momente der Zustellung selbst erfolgte.[18])

Die mündliche Erklärung des Rechtsvorschlages ist durchaus formlos und wird vom entgegennehmenden

---

[13]) Die Vollmacht bedarf keiner Form; sie kann auch mündlich gegeben werden; vergl. BE XXIV (1), 143.

[14]) Vergl. BE XXII, 119; XXIV (1), 143; A III, 30, 90; V, 89. Solange die Genehmigung nicht erfolgte, kann der Gläubiger Zurückweisung des Rechtsvorschlages verlangen; vergl. BE XXIX (1), 132; Jaeger, 74, N. 3.

[15]) Nur schriftliche Form ist zulässig bei der Wechselbetreibung (B 178, Ziff. 3).

[16]) Eine konkludente Handlung, z. B. Rücksendung des Zahlungsbefehls an das Amt, genügt nicht; vergl. BE XXX (1), 22.

[17]) Vergl. BE XXIV (1), 135; also niemals der Gläubiger; vergl. BE XXIX (1), 117 und A VIII, 17.

[18]) Die Transportordnung für die schweiz. Posten vom 3. Dezember 1894 sieht dies in § 39, Ziff. 7 ausdrücklich vor für die Zustellung durch die Postorgane; die Praxis nimmt es aber auch in denjenigen Fällen an, in welchen die Zustellung durch ein requiriertes Amt, einen Betreibungsgehilfen oder durch ausländische Organe erfolgt; vergl. BE XXV (1), 22; XXVI (1), 64; XXXII (1), 110.

Organ protokolliert.[19]) Aber auch die schriftliche Erklärung ist an keine Formvorschriften gebunden; die Unterschrift des Erklärenden ist dabei nicht notwendig, wenn sonstwie — z. B. durch persönliche Uebergabe oder durch Einsendung auf dem Schuldnerdoppel des Zahlungsbefehls — dargetan wird, dass der Rechtsvorschlag vom Betriebenen herrührt.[20]) Wird die Erklärung durch einen Vertreter abgegeben, so muss in jedem Fall das Vertretungsverhältnis angedeutet werden.

3. Der Inhalt des Rechtsvorschlages besteht in der Aeusserung des Willens, die Forderung oder die Zulässigkeit ihrer Geltendmachung auf dem Betreibungswege zu bestreiten. Das eine wie das andere ist darin ausgedrückt, dass der Betriebene einfach erklärt, Rechtsvorschlag zu erheben. Es ist dies nicht nur die kürzeste, sondern auch die sicherste Formel dafür. Wählt er jedoch eine andere Formulierung, so muss daraus notwendigerweise die oben angedeutete Willensmeinung hervorgehen.[21])

Eine Begründung des Rechtsvorschlages ist nicht erforderlich und an sich für den Fortgang der Betreibung unerheblich.[22]) Wer aber seinen Rechtsvorschlag begründet, verzichtet nicht auf weitere Einreden (B 75). Er kann dieselben entweder noch während der Bestreitungsfrist seiner schon abgegebenen Erklärung beifügen oder sie

---

[19]) Regelmässig lässt es das Protokoll vom Erklärenden unterzeichnen; vergl. BE XXV (1), 22. Sache des letztern ist es dabei, die Richtigkeit des protokollierten Wortlautes zu kontrollieren; vergl BE XXXII (1), 115.

[20]) Ebenso Jaeger, Art. 74, N. 8; vergl. BE XXII, 119; XXVIII (1), 95; A V, 89; VII, 22.

[21]) Vergl. Beispiele genügender und nicht genügender Rechtsvorschläge bei Jaeger, Art. 74, N. 4; ferner A II, 126; III, 93; IV, 11; VI, 23, 89. Wesentlich ist dabei, dass sich im Rechtsvorschlag der Wille, nicht zu bezahlen, und nicht etwa bloss ein Unvermögen oder die Geneigtheit zu Kompromissen ausdrückt; vergl. BE XXIII, 162; XXXI (1), 130, A VIII, 75; X, 38.

[22]) Vergl. BE XXIII, 56; Ausnahme für die Wechselbetreibung B 198, Ziff. 3.

in einem nachfolgenden Rechtsöffnungsstreite oder Zivilprozess geltend machen.[22a])

Eine Präzisierung des erhobenen Rechtsvorschlages ist dagegen nötig, wenn der Betriebene die Forderung nur teilweise bestreiten will. Dann hat er den bestrittenen Betrag genau anzugeben, widrigenfalls der Rechtsvorschlag als nicht erfolgt betrachtet wird (B 74, Al. 2).[23]) Die Anwendbarkeit dieser Regel ist jedoch davon abhängig, dass aus dem ganzen Tenor des Rechtsvorschlages wirklich die Absicht des Schuldners hervorgeht, nur einen Teil der Forderung zu bestreiten und den Rest anzuerkennen. Eine solche Anerkennung darf also niemals vermutet oder aus gewissen Ausdrücken der Erklärung abgeleitet werden, da ja — wie oben gezeigt — der Gesetzgeber ein entscheidendes Gewicht auf die dem Rechtsvorschlag etwa beigegebene weitere Begründung und Erklärung nicht legt.[24])

IV. Die Befristung des Rechtsvorschlages.

Das Recht des Betriebenen, Rechtsvorschlag zu erheben, ist zeitlich eingeschränkt.

1. Die Frist beträgt zehn Tage seit Zustellung des Zahlungsbefehls an den Betriebenen (B 69, Ziff. 3; 74, Al. 1).[25]) Der Ausgangspunkt der Frist ist also immer der Moment der Zustellung des Zahlungsbefehls, und zwar wird dieser Zeitpunkt in authentischer Weise festgestellt durch das Zustellungszeugnis (vergl. § 20, IV, Ziff. 1 hie-

---

[22a]) Vergl. BE XXXII (1), 87; teilweise anders Jaeger, Art. 74, N. 4.

[23]) Die bestrittene Quote muss im Rechtsvorschlag selbst angegeben sein; es genügt nicht der Hinweis auf eine sonstige Erklärung; vergl. BE XXVI (1), 71; XXX (1), 22.

[24]) In diesem Sinne auch die Praxis; vergl. BE XXIII, 56; XXV (1), 70 und 116; A II, 126; IV, 11; V, 1; VI, 6; Jaeger, Art. 74, N. 11. Die Bestimmung in B 74, Al. 2 wird hier durchaus zu Gunsten des Schuldners ausgelegt.

[25]) Bei der Wechselbetreibung fünf Tage (B 178, Ziff. 2).

vor).[26] Für die Berechnung der Frist gelten die allgemeinen Regeln (B 31, 32; vergl. § 18, III hievor). Ein authentisches Beweismittel für die Einhaltung der Frist kann sich der Betriebene durch ein Zeugnis des Betreibungsamtes verschaffen. Die Erhebung des Rechtsvorschlages ist ihm nämlich auf Verlangen gebührenfrei zu bescheinigen (B 74, Al. 3).[27] Er kann aber auch jederzeit beliebige andere Beweismittel beibringen.[28]

2. Die Wirkung der Frist ist eine absolute. Der Rechtsvorschlag gilt nur dann als gültig erhoben, wenn er während der gesetzlichen Frist dem zuständigen Betreibungsamt zukam, bezw. den dasselbe repräsentierenden Organen (vergl. oben III, Ziff. 2) bei der Zustellung erklärt wurde.[29]

Eine Verlängerung der Frist findet nur statt, wenn dieselbe vom Betreibungsamt bei der Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss B 66, Al. 5 — besondern Verumständungen Rechnung tragend — ausdrücklich verfügt wurde (vergl. § 20 IV, Ziff. 1 hievor),[30] sowie gemäss B 63 in dem Falle, wo das Ende der Frist in die Zeit der Ferien oder eines Rechtsstillstandes fällt (vergl. § 19, III, Ziff. 2). Eine Unterbrechung der Frist findet in keinem Falle statt.[31]

---

[26]) Immerhin ist gegen dasselbe gemäss B 8, Al. 3 jederzeit der Gegenbeweis möglich; vergl. BE XXX (1), 81.

[27]) Das dafür bestehende Formular vergl. in Verordnung Nr. 1, Art. 11.

[28]) Vergl. BE XXV (1), 22; A VII, 8.

[29]) Wurde er bei einem unzuständigen Betreibungsamt oder Organ erklärt, so ist er nur dann wirksam, wenn ihn dieses vor Ablauf der Frist dem kompetenten Amte zukommen lässt; vergl. BE XXIV (1), 135 und Jaeger, Art. 74, N. 5.

[30]) Geschah dies nicht, so tritt die Verlängerung auch dann nicht ein, wenn die Frist faktisch zu kurz war; vergl. BE XXIV (1), 103. Doch kann, wie Jaeger, Art. 74, N. 5 mit Recht annimmt, die Aufsichtsbehörde auf Beschwerde hin die versäumte Verfügung gemäss B 66, Al. 5 nachholen.

[31]) Also auch nicht durch Ferien und Rechtsstillstand; vergl. BE XXVII (1), 103; A VII, 15; IX, 97. Ebenso nicht durch Erhebung einer Beschwerde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls; vergl.

3. Eine Ausnahme von der absoluten Wirkung des Fristenlaufes bildet der sog. nachträgliche Rechtsvorschlag. Wenn der Betriebene ohne seine Schuld verhindert war, innerhalb der gesetzlichen Frist Recht vorzuschlagen, so kann er den Rechtsvorschlag noch nachträglich und zwar bis zur Verwertung oder Konkurseröffnung anbringen (B 77, Al. 1).

a. Voraussetzung ist also, dass der Betriebene ohne seine Schuld verhindert war, innerhalb der in B 74, Al. 1 vorgesehenen Frist Rechtsvorschlag zu erheben. Dies kann aus verschiedenen Gründen zutreffen: Einmal nämlich kann die Verhinderung in äussern Umständen begründet sein, welche es dem Schuldner tatsächlich verunmöglichen, rechtzeitig den Rechtsvorschlag zu erheben, wie z. B. Krankheit, Abwesenheit etc.[32]) Die Verhinderung kann aber auch dadurch verursacht worden sein, dass ein bestimmter Schuldner erst nachträglich, d. h. nach Ablauf der zehntägigen Frist als Rechtsnachfolger des ursprünglich Betriebenen gemäss B 49, 59 in die Stellung des letztern eintritt. Endlich ist hieher auch der Fall zu rechnen, dass infolge Universalsukzession oder Zession nachträglich ein neuer Gläubiger in die Betreibung eintritt, welchem gegenüber der Schuldner einen besondern Grund zur Erhebung des Rechtsvorschlages besitzt.[33]) Dagegen genügt niemals ein blosser Rechtsirrtum des Schuldners, welcher ihn den Rechtsvorschlag versäumen liess.[34])

b. Die Art und Weise der Erhebung weicht von derjenigen des rechtzeitigen Rechtsvorschlages in verschiedenen Beziehungen ab: Einmal hinsichtlich der Einreichungsstelle, indem der nachträgliche Rechts-

---

A V, 85. Doch ist hier die Gewährung aufschiebender Wirkung durch die Aufsichtsbehörde gemäss B 36 möglich.

[32]) Hieher gehört auch der Fall, wo der Schuldner zur Zeit der Zustellung des Zahlungsbefehls handlungsunfähig war und keinen gesetzlichen Vertreter hatte; vergl. BE XXV (1), 51.

[33]) Vergl. BE XXII, 109; A V, 70, 107; Jaeger, Art. 77, N. 7.

[34]) Auch wenn der Schuldner Ausländer ist; vergl. BE XXVIII (1), 76.

vorschlag beim Richter anzubringen ist (B 77, Al. 2). Und zwar ist örtlich kompetent der Richter des Betreibungsortes.[35]) Vom gewöhnlichen Rechtsvorschlag weicht auch der Inhalt der Erklärung ab, indem dieselbe naturgemäss die Angabe des Hinderungsgrundes enthalten muss. Gleichzeitig sind die Beweismittel einzulegen oder anzugeben, auf welche sich der Betriebene zur Rechtfertigung der Versäumnis beruft (B 77, Al. 2).[36]) Eine bestimmte Form wird für die Erklärung nicht vorgeschrieben; diese kann daher mündlich oder schriftlich erfolgen.

c. Die Befristung des nachträglichen Rechtsvorschlages ist eine doppelte: Einerseits kann ein solcher überhaupt nur bis zur Verwertung oder Konkurseröffnung erfolgen (B 77, Al. 1), indem nach diesem Zeitpunkte eine Hemmung der Betreibung nicht mehr möglich ist. Anderseits aber ist er binnen drei Tagen seit Wegfall des Hindernisses anzubringen (B 77, Al. 2). Eine Versäumung dieser Frist schliesst eine Bewilligung des Gesuches schlechtweg aus.

d. Die Folgen des nachträglichen Rechtsvorschlages sind, im Gegensatz zum rechtzeitigen, keine unmittelbaren, sondern sie treten nur mit Bewilligung des Richters ein. Der Richter kann bei Empfang des Rechtsvorschlages die vorläufige Einstellung der Betreibung (vergl. unten V, Ziff. 1) verfügen; er entscheidet über die Zulassung des Rechtsvorschlages nach Einvernahme der Parteien (B 77, Al. 3). Die kontradiktorischen Verhandlungen sind im summarischen Prozessverfahren zu führen (B 25, Ziff. 2; vergl. § 11, II, Ziff. 3 hievor).

V. Die Wirkungen des Rechtsvorschlages.

Die Erhebung des Rechtsvorschlages äussert ihre Wirkung einerseits in formell betreibungsrechtlicher, anderseits in materiellrechtlicher Beziehung.

---

[35]) Vergl. BE XXV (1), 7. Die sachliche Kompetenz bestimmt das kantonale Recht (B 22; vergl. § 11, I, Ziff. 2 hievor).

[36]) Die Art und Weise dieser Beweismittel ist unbeschränkt; vergl. Reichel, Art. 77, Al. 2. Dagegen nimmt Jaeger, Art. 77, N. 12 an, dass das kantonale Recht hierüber Vorschriften aufstellen könne.

1. Betreibungsrechtlich bewirkt der Rechtsvorschlag die Einstellung der Betreibung (B 78, Al. 1). Die letztere kann nicht weitergeführt, d. h. keine Betreibungshandlung kann vorgenommen werden, bis der Rechtsvorschlag in gesetzlicher Weise beseitigt ist.[37]) Dagegen wird die Betreibung nicht aufgehoben, d. h. es bleibt trotzdem der erlassene Zahlungsbefehl solange zu Recht bestehen, bis die Zeitdauer seiner Wirksamkeit gemäss B 88, Al. 2 abgelaufen ist.[38]) Die nämliche Wirkung äussert auch ein nachträglicher Rechtsvorschlag, sofern ihm dieselbe entweder vorläufig, d. h. vor der Beurteilung des Gesuches, ausdrücklich durch den Richter beigelegt, oder er endgültig bewilligt wurde (B 77, Al. 3; vergl. oben IV, Ziff. 3 lit. d). Auch hier tritt also eine Einstellung der Betreibung, nicht aber eine Aufhebung der bereits vorgenommenen Betreibungshandlungen ein, selbst dann, wenn bereits Pfändung oder Konkursandrohung erfolgte.[39])

Eine Aufhebung der Einstellungswirkung kann an sich nur auf betreibungsrechtlichem Weg durch Beseitigung des Rechtsvorschlages, d. h. durch Rechtsöffnung (vergl. § 25 hienach) erfolgen. Die Praxis setzt der Rechtsöffnung aber auch ein vom Gläubiger im Wege des ordentlichen Zivilprozesses erwirktes Urteil auf Bestehen der bestrittenen Forderung gleich. Sie verpflichtet den Betreibungsbeamten, die Betreibung auf die blosse Vorlegung eines solchen Urteils hin, somit ohne vorherige Rechtsöffnung fortzusetzen, auch wenn die Aufhebung des Rechtsvor-

---

[37]) Das kantonale Recht kann hievon keine Ausnahme zu Gunsten staatlicher Abgabenforderungen statuieren; vergl. BE XXII, 105.

[38]) Der Rechtsvorschlag hindert deshalb auch nicht die Beurteilung einer gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls erhobenen Beschwerde; vergl. BE XXII, 111. Ebenso wird dadurch auch nicht die Beschwerdefrist unterbrochen (vergl. § 9, Note 48 hievor).

[39]) Vergl. Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 15. Sept. 1899 betr. die Wirkungen des nachträglichen Rechtsvorschlages; abgedruckt Bl. HE XVIII, S. 309.

schlages im Urteil nicht verfügt ist.[40]) Diese Anschauung kann aber nur insofern gebilligt werden, als mit dem erhobenen Rechtsvorschlag nicht etwa das Recht bestritten werden wollte, die Forderung auf dem Betreibungswege geltend zu machen (vergl. oben II, Ziff. 1, lit. b); denn diese Frage kann im ordentlichen Zivilprozesswege nicht geprüft werden. Da aber aus dem erhobenen Rechtsvorschlage die Gründe desselben nicht hervorzugehen brauchen, so darf jedenfalls auf ergangenes Zivilurteil hin der Betreibungsbeamte die Betreibung nicht ohne vorherige Einvernahme des Betriebenen fortsetzen. Dies auch aus dem Grunde, weil er sich vor allem von der Identität der Judikatsforderung mit der in Betreibung gesetzten überzeugen muss und ferner, weil dem Betriebenen auch Gelegenheit geboten werden muss, seine Einwendungen gegen die betreibungsrechtliche Vollstreckbarkeit des Urteils (B 81) geltend zu machen, indem er sonst schlechter gestellt würde als bei der Rechtsöffnung. Macht aber der Schuldner wirklich Einwendungen dieser Art geltend (vergl. § 26, V, hienach), so bleibt dem Betreibungsamt, welches seinerseits nicht kompetent ist, dieselben zu beurteilen, nichts anderes übrig, als den Gläubiger eben doch auf den Weg des Rechtsöffnungsgesuches zu verweisen.[41])

Die Einstellungswirkung kann sich aber natürlich nur soweit erstrecken, als der Rechtsvorschlag selbst reicht. Bestreitet der Schuldner nur einen Teil der Forderung, so kann die Betreibung für den unbestrittenen Betrag fortgesetzt werden (B 78, Al. 2).[42])

---

[40]) Vergl. BE XXV (1), 77; A V, 18. Dem Urteil selbst wird dabei die gerichtliche Schuldanerkennung (durch Vergleich oder Abstand) gleichgesetzt; vergl. A V, 141; VI, 10; VII, 46; Jaeger, Art. 78, N. 3; Reichel, Art. 78, N. 2.

[41]) Vergl. auch BE XXV (1), 77; XXX (1), 99 und Brüstlein in der Anmerkung zu A V, 78. Teilweise abweichend Reichel, Art. 78, N. 2.

[42]) Unerheblich ist dabei, ob diese Reduktion des Rechtsvorschlages von Anfang an oder erst nachträglich erfolgte. Immerhin muss sie dem Betreibungsbeamten in authentischer Weise dargetan werden; vergl. A V, 141.

2. Die materiellrechtliche Wirkung des Rechtsvorschlages beruht darin, dass die Geltendmachung der Forderung, solange der erstere besteht, nicht auf dem Betreibungsweg erfolgen kann. Ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben wurde, hat zur Geltendmachung seines Anspruches den ordentlichen Prozessweg zu betreten (B 79).[43]) Bevor also überhaupt eine Vollstreckung der Forderung zulässig ist, muss ihre materielle Begründetheit durch Urteil nachgewiesen sein.[44])

Eine Aufhebung der materiellrechtlichen Wirkung des Rechtsvorschlages kann nur durch Rechtsöffnung erfolgen (vergl. § 25 hienach).

VI. Die formelle Behandlung des Rechtsvorschlages.

Der Inhalt des Rechtsvorschlages wird dem Betreibenden auf der für ihn bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls mitgeteilt; erfolgte kein Rechtsvorschlag, so ist dies auf derselben vorzumerken. Diese Ausfertigung wird dem Betreibenden unmittelbar nach dem Rechtsvorschlag und, wenn ein solcher nicht erfolgt ist, sofort nach Ablauf der Bestreitungsfrist zugestellt (B 76).[45])

---

[43]) Das kantonale Recht kann die Anhebung des Prozesses nicht mit Androhung des Klageverlustes befristen; vergl. BE XXV (1), 31.

[44]) Umgekehrt darf aber aus der Unterlassung des Rechtsvorschlages nicht etwa eine materiellrechtliche Anerkennung der Forderung durch den Schuldner gefolgert werden; vergl. BE XXV (1), 32.

[45]) Massgebend bleibt aber für die Fassung des Rechtsvorschlages nach wie vor der Wortlaut der vom Betriebenen selbst abgegebenen Erklärung. Nach ihr werden nötigen Falles etwaige Irrtümer und Auslassungen auf dem Gläubigerdoppel berichtigt; vgl. BE XXV (1), 22, 100, XXVI (1), 73.



Dritter Unterabschnitt.

Die Rechtsöffnung.

§ 25.

Begriff und Verfahren.[1])

I. Der Begriff.

Die Bezeichnung «Rechtsöffnung» entstammt gewissen frühern kantonalen Betreibungsrechten[2]) und deutet an, dass dem Gläubiger das Recht, d. h. der Rechtsweg (das Vollstreckungsverfahren) wieder eröffnet werden soll, welcher ihm durch den Rechtsvorschlag des Schuldners verschlossen worden war.

1. Wesen und Zweck der Rechtsöffnung beruhen darin, dass durch diese die Fortsetzung der durch den Rechtsvorschlag gehemmten Betreibung ermöglicht werden soll.

Durch Erhebung des Rechtsvorschlages hat es nämlich der Schuldner jederzeit in der Hand, die Einstellung der Betreibung zu bewirken und den Gläubiger zur Geltendmachung seines Anspruches auf den ordentlichen Zivilprozessweg zu verweisen (vergl. § 24, V hievor). Diese Einrichtung soll den Schuldner davor bewahren, dass für eine materiell nicht begründete Forderung die Vollstreckung gewährt wird. Dabei legt sie aber die Gefahr nahe, dass der Schuldner ohne, oder doch ohne stichhaltige Gründe die Betreibung hemmt und dadurch den Zweck des Schuldbetreibungsverfahrens überhaupt illusorisch macht.

Um nun beiden Bedenken Rechnung zu tragen, d. h. sowohl die berechtigten Interessen des Schuldners als auch diejenigen des Gläubigers zu wahren, sieht der Gesetzgeber die Möglichkeit vor, dass der erhobene Rechtsvorschlag auf betreibungsrechtlichem Wege beseitigt werden

---

[1]) Lit. Brunner: Das Rechtsöffnungsverfahren; Diss. Bern, 1898 und Reichel: Fragen aus dem eidg. Betreibungs- und Konkursgesetz, ZBJV XXVII, S. 14 ff.

[2]) Vergl. Brunner a. a. O. S. 13 ff. Das Institut der Rechtsöffnung bestand in Zürich, Solothurn, Baselland und Schaffhausen vergl. Botschaft d. Bundesrates vom 6. April 1886, S. 64.

kann, sofern vorauszusehen ist, dass durch Fortsetzung der Betreibung das materielle Recht des Schuldners nicht gefährdet wird.

2. Voraussetzung der Rechtsöffnung ist deshalb das Vorhandensein einer gewissen Sicherheit dafür, dass der Vollstreckung keinerlei materiellrechtliche Hindernisse entgegenstehen.

Dies darf vor allem dann angenommen werden, wenn der in Betreibung gesetzte Anspruch bereits vor Anhebung der letztern durch ein gerichtliches Urteil oder durch einen diesem prozessual gleichwertigen Akt festgestellt wurde. Hier hätte es nicht nur keinen praktischen Zweck, den Gläubiger nochmals auf den ordentlichen Zivilprozessweg zu verweisen, sondern es wäre sogar fraglich, ob dies mit Rücksicht auf die materielle Rechtskraft des gefällten Urteils überhaupt anginge. Für diesen Fall kann deshalb der Gläubiger die betreibungsrechtliche Aufhebung des Rechtsvorschlages verlangen, sofern nicht der Schuldner in der vom Gesetz geforderten Art und Weise dartut, dass die Forderung seit Erlass des Urteils untergegangen ist (B 80).

Aus reinen Zweckmässigkeitsgründen, d. h. im Interesse einer raschen Vollstreckung, lässt aber der Gesetzgeber die betreibungsrechtliche Aufhebung des Rechtsvorschlages auch da zu, wo eine durch öffentliche Urkunde festgestellte oder durch Unterschrift des Schuldners bekräftigte Schuldanerkennung vorliegt, weil auch dadurch eine gewisse Garantie für die materielle Rechtsbeständigkeit des geltendgemachten Anspruches geboten wird. Immerhin soll hier dem Schuldner das Recht gewahrt bleiben, nachträglich den Bestand der Forderung durch gerichtliches Urteil feststellen zu lassen. Zu diesem Zwecke kann er nach erteilter Rechtsöffnung auf Aberkennung der Forderung klagen. Bis einmal feststeht, ob der Schuldner von diesem Rechte Gebrauch macht oder nicht, bezw. bis zum erfolgten gerichtlichen Urteil, besitzt die erteilte Rechtsöffnung nur provisorischen Charakter, da sie natürlich ohne weiteres dahinfällt, wenn das Gericht auf Nichtbestehen der geltendgemachten Forderung erkennt (B 82, 83).

Wir haben somit zwei Arten der Rechtsöffnung zu unterscheiden: Rechtsöffnung im eigentlichen Sinn oder auch definitive Rechtsöffnung genannt und provisorische Rechtsöffnung.

3. Die rechtliche Natur der Rechtsöffnung besteht nach dem Gesagten darin, dass sie ein betreibungsrechtliches Korrektiv gegenüber dem unbeschränkten Recht des Schuldners auf Erhebung des Rechtsvorschlages bildet. Sie besitzt ihre Voraussetzungen im materiellen Zivilrecht, indem ihre Erteilung von einem gewissen Nachweise des Bestehens der geltendgemachten Forderung abhängt. Dagegen kommt ihr selbst keinerlei Feststellung über den materiellen Bestand oder Nichtbestand des geltendgemachten Anspruches zu; sie entscheidet lediglich über seine Vollstreckbarkeit. Aus diesem Grunde besitzt der Rechtsöffnungentscheid nicht den Charakter eines zivilrechtlichen Urteils. Er hat keine materielle Rechtskraft und kann auch nicht auf dem Wege der zivilrechtlichen Berufung oder des Kassationsbegehrens gemäss OG 58 und 89 an das Bundesgericht weitergezogen werden[3]) (vergl. § 11, III hievor).[4])

[3]) Vergl. BE XIX, 16, XX, 135, XXII, 126; Jaeger, Art. 80, N. 7; Brunner, a. a. O. S. 131 ff. Die Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 wollte zur Frage nicht definitiv Stellung nehmen (vergl. S. 65). Die Erhebung des staatsrechtlichen Rekurses ist unter den gewöhnlichen Bedingungen zulässig, d. h. wenn durch den Rechtsöffnungsentscheid besondere verfassungsmässige Rechte des Bürgers verletzt werden; vergl. § 9, XI hievor und dazu BE XX, 49, XXIX (1), 92, XXXI (1), 12, 47, 48; Jaeger, Art. 15, N. 2 und Art. 80, N. 7; Brunner, a. a. O. S. 132.

[4]) Man hat, gestützt auf die erörterten Eigenschaften, in der schweiz. Rechtsliteratur etwa versucht, die Rechtsöffnung mit dem gemeinrechtlichen Exekutivprozess in Parallele zu setzen; vergl. Brunner, S. 1 ff. und Reichel, Art. 82, N. 1. Dies erscheint aber für die definitive Rechtsöffnung von vornherein unzutreffend, weil für sie ein Analogon im gemeinen Prozess überhaupt nicht zu finden ist. Aber auch für die provisorische Rechtsöffnung ist eine derartige Vergleichung sowohl theoretisch als praktisch ohne grossen Wert, indem das gemeinrechtliche Verfahren für die Zulassung des Exekutivprozesses auf eine ganz bestimmte rechtliche Tatsache, nämlich auf die Exequierbarkeit der öffentlichen Urkunde (Notariatsurkunde) abstellte, welche das schweiz. Betreibungsrecht nicht kennt.

II. Die Rechtsöffnungsbehörden.

Trotz ihres rein betreibungsrechtlichen Charakters ist die Rechtsöffnung beim Richter zu verlangen (B 80, Al. 1). Die sachlich zuständige Gerichtsbehörde wird durch das kantonale Recht bezeichnet (B 22; vergl. § 11, I hievor).

Dabei sind die Kantone beim Schweigen des Gesetzes auch befugt, zwei Instanzen vorzusehen; sei es, dass dieselben einander koordoniert sind,[5]) sei es, dass es sich um die Einsetzung einer Appellationsinstanz handelt (vergl. unten III, Zif. 3).[6])

Die örtliche Zuständigkeit der Rechtsöffnungsbehörden ist ebenfalls nicht bundesrechtlich geregelt. Es ergibt sich aber aus der Natur der Sache, dass nur der Richter des Betreibungsortes kompetent sein kann, wobei allerdings der letztere selbst im Laufe des Betreibungsverfahrens wechseln kann (vergl. § 11, I, Ziff. 2 hievor).[7])

III. Das Rechtsöffnungsverfahren.

Hinsichtlich der prozessualen Gestaltung des Rechtsöffnungsverfahrens stellt der Bundesgesetzgeber die allgemeine Vorschrift auf, dass es sich um ein summarisches, durch das kantonale Recht zu regelndes Verfahren handeln muss (B 25, Ziff. 2). Eine allgemeine Umschreibung des Begriffes gibt er aber nicht, und es liesse sich auch theoretisch wohl kaum eine allgemein zutreffende Definition dafür aufstellen (vergl. § 11, II, Ziff. 3 hievor).[8])

1. Der allgemeinen Struktur nach ist das Rechtsöffnungsverfahren immer ein kontradiktorisches Parteiver-

---

[5]) So in Baselstadt, Waadt und Tessin; vergl. Brunner, a. a. O. S. 108.

[6]) So in Bern, Luzern, Obwalden, Zug, Freiburg, St. Gallen, Thurgau und Tessin; vergl. Brunner, a. a. O. S. 124 ff.

[7]) Ebenso BE XXV (1), 7; A VII, 3, 4; Jaeger, Art. 80, N. 6 und Art. 84, N. 2; nicht ganz klar Brunner, a. a. O. S. 108.

[8]) Ebenso Reichel, Art. 25, N. 4; vergl. auch Brunner, a. a. O. S. 102 ff. und die dortigen Zitate.

fahren. Der Richter entscheidet nach Einvernahme der Parteien (B 84).[9])

Die Legitimation der Parteien ergibt sich aus der Natur der Sache selbst: Aktiv legitimiert ist der betreffende Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben wurde, bezw. seine Rechtsnachfolger, auf welche die Legitimation zur Betreibung überhaupt übergegangen ist (vergl. § 15, II, Ziff. 3 hievor).[10]) Passiv legitimiert ist der rechtsvorschlagerhebende Schuldner, bezw. seine Rechtsnachfolger, soweit ihnen gegenüber eine Fortsetzung der Betreibung zulässig ist (vergl. § 15, III, Ziff. 4 hievor).

2. Hinsichtlich der äussern Form des Verfahrens wird bundesrechtlich lediglich vorgeschrieben, dass der Richter binnen 5 Tagen seit Anbringung des Begehrens zu entscheiden hat (B 84).[11]) Die nötigen Vorschriften über die Form der Anhebung des Verfahrens (Rechtsöffnungsgesuch), seine Durchführung, sowie über die Urteilsfällung hat das kantonale Recht aufzustellen. Wo dabei die Einführungsgesetze besondere Vorschriften nicht statuieren, gelten diejenigen des kantonalen Zivilprozessrechtes.[12])

Einen direkten Einfluss übt aber das Bundesrecht auf das Beweisverfahren aus. Dies geschieht dadurch, dass B sowohl für die definitive als auch für die provisorische Rechtsöffnung von vornherein die Beweismittel bestimmt, welche zum Beweise der Begründetheit des Rechts-

---

[9]) Die Einvernahme setzt aber nicht notwendigerweise ein mündliches Verfahren voraus, sondern kann auch eine schriftliche sein; vergl. z. B. Luzern EG 14 und Zug EG 28, dazu Brunner, a. a. O. S. 112.

[10]) Jedoch unter Vorbehalt eines formell richtigen Nachweises dieser Nachfolge (vergl. A I, 77, II, 141 und Jaeger Art. 80, N. 5).

[11]) Die Fristansetzung hat nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift. Ihre Nichteinhaltung nimmt dem gefällten Entscheid nicht die Gültigkeit; ebenso Jaeger, Art. 84, N. 3, vergl. auch ZBJV XXVIII, S. 433.

[12]) Ebenso A X, 25; vergl. die einschlägigen Bestimmungen der Einführungsgesetze bei Brand und Wasem, S. 91 ff., sowie die Darstellung bei Brunner, a. a. O. S. 107 ff.

öffnungsbegehrens zulässig sind und ferner eine gleiche Beschränkung der Beweisführung teils direkt, teils indirekt auch für die vom Schuldner zu erhebenden Einreden vorsieht (vergl. § 26, IV, V und § 27, II, Ziff. 3, IV hienach).

3. Eine Weiterziehung des gefällten Entscheides an eine höhere Instanz wird bundesrechtlich nicht vorgesehen.[13]) Trotzdem darf mangels einer entgegenstehenden Vorschrift angenommen werden, dass das kantonale Recht befugt ist, eine Appellation an eine obere Gerichtsinstanz zuzulassen,[14]) was auch in verschiedenen Kantonen geschieht (vergl. oben II). Dagegen war lange Zeit die Frage streitig, ob eine derartige Appellation auch aufschiebende Wirkung besitze. Die allgemeine Regel in B 36 kann offenbar, weil es sich um eine vom kantonalen Recht allein vorgesehene Weiterziehung handelt, nicht in Betracht kommen, und es ist deshalb die Frage nach dem Suspensiveffekt der Appellation zu bejahen. Dies hat den Sinn, dass da, wo die Appellation überhaupt zulässig und tatsächlich in gültiger Weise erklärt ist, eine definitive Fortsetzung der Betreibung durch Pfändung oder Konkursandrohung erst dann möglich ist, wenn die von der untern Instanz erteilte Rechtsöffnung oberinstanzlich bestätigt wurde. Ferner läuft die in B 83, Al. 2 vorgesehene Frist zur Anhebung der Aberkennungsklage erst von der Eröffnung des oberinstanzlichen Entscheides an.[15])

Neben der Appellation kann aber das kantonale Recht

[13]) Im Gegensatz zum summarischen Verfahren bei der Konkurseröffnung (B 174) und bei der Beurteilung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (B 185).

[14]) Ebenso BE XXIII, 130, sowie die übrigen in Note 15 hienach zit. Entscheide. Dagegen Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 17. Febr. 1891 (BBl. 1891, I, S. 371) und früher vorübergehend die bern. Praxis (A VII, 73).

[15]) In diesem Sinne jetzt A X, 45, BE XXXII (2), 23 und XXXIII (1), 111 (zivilrechtl. Abteilung d. Bundesgerichtes und Betreibungs- und Konkurskammer), während früher sowohl die staatsrechtl. Abteilung als auch die Betreibungs- und Konkurskammer die Frage verneinten; vergl. BE XXIII, 130, XXIX (1), 26, XXXI (1), 38, XXXII (1), 60; A VIII, 54. Im obigen Sinn von jeher Reichel, Art. 84, N. 5.

auch die übrigen durch seinen Zivilprozess vorgesehenen Rechtsmittel im weitern Sinn, wie Nichtigkeitsklage, Kassation und Revision (neues Recht), zulassen, welche sich auf formelle Mängel des Rechtsöffnungsentscheides oder des vorausgehenden Verfahrens stützen.[16])

4. Die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens bestehen ausser den effektiven Auslagen der entscheidenden Gerichtsbehörde in einer nach dem Streitwert bemessenen festen Gerichtsgebühr von Fr. 1—5, welche bei Kollegialgerichten verdoppelt werden kann und auch von der Appellationsinstanz unter Hinzurechnung einer Appellationsgebühr von 5 Fr. bezogen wird[17]) (Tarif 28 ff.).

An Parteikosten sieht der Tarif eine billige Entschädigung für Zeitversäumnisse und Auslagen vor (Tarif 28; vergl. § 13, I, Ziff. 3 hievor).[18])

5. Die Wirkung des Rechtsöffnungsentscheides erstreckt sich immer nur auf dasjenige Betreibungsverfahren, in welchem die Rechtsöffnung erteilt wurde, indem die letztere eben nur eine betreibungsrechtliche Verfügung darstellt. Wird deshalb die betreffende Betreibung vom Gläubiger aus irgend einem Grunde fallen gelassen und für die nämliche Forderung eine neue angehoben, so

---

[16]) Vergl. darüber die Angaben bei Brunner, a. a. O. S. 127 ff. Die bernische Praxis lässt die Nichtigkeitsklage nicht zu, weil der Rechtsöffnungsentscheid kein Hauptturteil ist; vergl. ZBJV XLI, 564.

[17]) Andere Gebühren dürfen durch das kantonale Recht nicht eingeführt werden; A IV, 100. Dagegen Reichel, Seite 477, Note *. Die Gerichte sind für die Festsetzung dieser Gebühren ausschliesslich kompetent, und es kann eine Begrüssung der Aufsichtsbehörden unter keiner Bedingung stattfinden; vergl. A IV, 45.

[18]) Die Rechtsöffnungskosten werden durch die Praxis zu den Betreibungskosten gezählt. Es kann deshalb für sie wie für jene die Betreibung fortgesetzt werden, d. h. sie werden mit der Hauptforderung zusammen eingetrieben. Der Gläubiger hat zu diesem Zwecke dem Fortsetzungsbegehren einen Ausweis über die Rechtsöffnungskosten beizulegen (Verordnung Nr. 1, Art. 7); vergl. A, IV, 33. Dagegen kann der Schuldner hinsichtlich dieser Kosten nicht etwa, wie gegenüber der Hauptforderung, auf Aberkennung klagen (B 83, Al. 2; vergl. § 27, VI, Ziff. 1 hienach, sowie ZBJV XXXVIII, 69).

hindert die früher erteilte Rechtsöffnung den Schuldner nicht, neuerdings Rechtsvorschlag zu erheben. Umgekehrt aber kann der Schuldner, wenn in einer neuen für die nämliche Forderung eingeleiteten Betreibung die Rechtsöffnung verlangt wird, diesem Begehren nicht etwa mit Rücksicht auf einen früher gefällten Rechtsöffnungsentscheid die Einrede der beurteilten Sache entgegenhalten.[19])

§ 26.

Die definitive Rechtsöffnung.

I. Begriff und Voraussetzungen.

Die definitive Rechtsöffnung ist die Beseitigung eines vom Schuldner erhobenen Rechtsvorschlages, welche mit Rücksicht darauf vorgenommen wird, dass die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil oder einem nach betreibungsrechtlicher Vorschrift demselben gleichwertigen Surrogat beruht (B 80; vergl. § 25, I, Ziff. 2 hievor).

1. Nötig ist demnach vor allem ein Titel der Rechtsöffnung, d. h. ein dem Rechtsvorschlag vorausgegangener Akt, bezw. eine diesen Akt festlegende öffentliche Urkunde, auf Grund deren die Rechtsöffnung verlangt wird. Die definitive Rechtsöffnung kann also ihre Begründung niemals aus dem Betreibungsverfahren selber schöpfen, sondern nur aus einem authentisch festgestellten materiellen Rechtsverhältnis.

Als Rechtsöffnungstitel kommen in Betracht:

a. das vollstreckbare gerichtliche Urteil (B 80, Al. 1);

b. gerichtliche Vergleiche und gerichtliche Schuldanerkennungen (B 80, Al. 2);

c. Beschlüsse und Entscheide der Verwaltungsbehörden über öffentlichrechtliche Verpflichtungen unter den im Gesetz genannten Bedingungen (B 80, Al. 2).

2. Die Beziehung zwischen Titel und Rechtsöffnung besteht darin, dass die in Betreibung

[19]) Ebenso BE XXVIII (1), 59.

gesetzte Forderung auf dem Titel beruht, d. h. dass durch das Urteil oder seine Surrogate der Bestand der Forderung in einer Weise festgestellt wird, dass ihrer betreibungsrechtlichen Vollstreckung vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus nichts mehr im Wege steht. Die Eigenschaft, welche den betreffenden Akt zum Titel der Rechtsöffnung geeignet macht, ist also seine Exequierbarkeit. Die Rechtsöffnung ihrerseits hinwiederum bildet die rechtliche Form dieser Exequierbarkeit.

Voraussetzung einer Erteilung der definitiven Rechtsöffnung ist deshalb die Identität der durch den Titel festgestellten Forderung mit der in Betreibung gesetzten.[1])

II. Das Urteil als Titel der Rechtsöffnung.

Beruht die in Betreibung gesetzte Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteile, so kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlages (Rechtsöffnung) verlangen (B 80, Al. 1). Die Eigenschaften des in Betracht fallenden Urteiles charakterisieren sich nach drei verschiedenen Richtungen hin:

1. Es muss sich um ein gerichtliches Urteil handeln. Wie aus dem Gegensatz zwischen B 80, Al. 1 und 80, Al. 2 hervorgeht, versteht der Gesetzgeber darunter das Urteil einer Gerichtsbehörde, im Gegensatz zu Verfügungen oder Entscheiden von Verwaltungsbehörden über öffentlichrechtliche Verpflichtungen. Die letzteren, auch wenn sie in Urteilsform gekleidet und in einem dem gerichtlichen analogen Verfahren erlassen worden sind, bilden niemals ein gerichtliches Urteil gemäss B 80, Al. 1.[2])

---

[1]) Daneben ist natürlich auch das Vorhandensein einer gültigen Betreibung notwendig, da die Rechtsöffnung immer nur als Teil eines Betreibungsverfahrens und niemals als selbständiger Akt in Betracht kommen kann (vergl. Monatsbl. f. bern. Rechtssprechung, XII, S. 399).

[2]) Gestützt auf die in B 80, Al. 2 gegebene Präzisierung ist anzunehmen, dass ein Entscheid über eine öffentlichrechtliche Verpflichtung auch dann kein gerichtliches Urteil gemäss B 80, Al. 1

Dagegen liegt kein Grund vor, von dem Begriff des gerichtlichen Urteils Strafurteile auszuschliessen. Dieselben werden durch gerichtliche Behörden in einem gerichtlichen Verfahren gefällt, und B 80 macht mit Bezug auf sie nirgends eine Ausnahme.[3])

Gerichtliche Urteile gemäss B 80, Al. 1 sind demnach alle Urteile, welche von einer durch das Bundesrecht oder das Recht der in Betracht fallenden Kantone zur Fällung von Zivil- oder Strafurteilen zuständig erklärten Gerichtsstelle ausgehen. Dazu gehören:

a. Zivilurteile der staatlich eingesetzten ordentlichen Gerichte;

b. Zivilurteile von Schiedsgerichten, wo und insoweit sie staatlich anerkannt sind;[4])

c. sog. Adhäsionsurteile der Strafgerichte;

d. Strafurteile der staatlich eingesetzten Strafgerichtsbehörden.

2. Das Urteil muss vollstreckbar sein. Die Vollstreckbarkeit des Urteils hängt von zwei Momenten ab, einerseits von der staatlichen Anerkennung derselben und andererseits von den dazu nötigen innern Eigenschaften des Urteils selbst.

---

darstellt, wenn er von einem eigentlichen Verwaltungsgericht ausgeht; vergl. z. B. Basel, Gesetz vom 9. März 1905 über die Verwaltungsrechtspflege. Einen Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser Ansicht gibt auch die historische Entwicklung, indem der bundesrätliche Entwurf vom 23. Februar 1886 die Betreibung für öffentlichrechtliche Abgaben speziell regelte (Art. 193), während dann die parlamentarische Beratung diese besondere Regelung beseitigte und dafür die jetzige Fassung von B 80, Al. 2 brachte; vergl. darüber BE XXIV (1), 13.

[3]) Brunner, S. 35 will sie nicht hieher zählen, wahrscheinlich, um nicht mit BV 61 in Kollision zu geraten, welcher die interkantonale Vollstreckbarkeit nur für Zivilurteile und nicht für Strafurteile vorsieht. Der Betreibungsgesetzgeber war aber mit Rücksicht auf die ihm durch BV 64 eingeräumten Kompetenzen nicht an die Beschränkung in BV 61 gebunden.

[4]) Vergl. Jaeger, Art. 80, N. 3; Reichel, Art. 80, N. 5; Brunner, S. 47 f.; ZBJV XXIX, 71.

a. Die staatliche Anerkennung der Vollstreckbarkeit eines Urteils ist von der Herkunft dieses Urteils abhängig.

aa. Sie ist natürlich immer vorhanden für die Urteile der eingesetzten oder staatlich anerkannten Gerichte des in Betracht kommenden Kantons selbst. Darin liegt eben der Sinn der staatlichen Einsetzung oder Anerkennung dieser Gerichte.

bb. Das gleiche ist in allen Kantonen der Fall hinsichtlich der Urteile, welche von den mit der Bundesrechtspflege betrauten Behörden gefällt werden. OG 45 schreibt darüber vor: «Die Kantone sind verpflichtet, die Entscheidungen der mit der Bundesrechtspflege betrauten Behörden in gleicher Weise zu vollziehen, wie die rechtskräftigen Urteile ihrer Gerichte. Wegen mangelhafter Vollziehung kann beim Bundesrat Beschwerde erhoben werden. Der Bundesrat trifft die erforderlichen Verfügungen». Hieher gehören also die Urteile der zivilrechtlichen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichtes (OG 48 ff., 125 ff., 175 ff.); die Entscheide der Schätzungskommission im eidgenössischen Expropriationsverfahren (Bundesgesetz vom 1. Mai 1850 betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten § 35),[5]) sowie die durch die schweizerische Konsulargerichtsbarkeit, soweit eine solche besteht, gefällten Urteile.[6])

---

[5]) Eine analoge Schätzungskommission sah das Bundesgesetz vom 23. Dezember 1886 betreffend gebrannte Wasser, § 18 vor. Dieselbe kann in thesi noch in Funktion treten, weil das neue Bundesgesetz vom 29. Juni 1900 den Fortbestand der aus Art. 18 l. c. entstandenen Rechtsverhältnisse ausdrücklich garantiert.

[6]) Eine gesetzliche Regelung derselben existiert nicht; die Konsulargerichtsbarkeit der schweizerischen Konsuln kommt gegenwärtig nur noch in Persien vor (vergl. Freundschafts- und Handelsvertrag vom 23. Juli 1873), nachdem sie in Japan, wo sie früher auch bestand, aufgehoben worden ist; vergl. Meili: Internationales Zivilprozessrecht, S. 366; Blumer-Morel: Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechtes, 2. Aufl., Bd. III., S. 128; Reichesberg im Handwörterbuch für schweiz. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, Bd. II. S. 773 ff., s. v. Konsularwesen; v. Salis: Schweiz. Bundesrecht, 2. Aufl, Bd. I, Nr. 161, 204

cc. Bei Urteilen aus andern (vom Rechtsöffnungskanton verschiedenen) Kantonen ist zu unterscheiden zwischen Zivil- und Strafurteil.

Die rechtskräftigen Zivilurteile, die in einem Kanton gefällt sind, sollen in der ganzen Schweiz vollzogen werden können (BV Art. 61; vergl. § 3, II, Ziff. 3 hievor.)[7]) Hinsichtlich der in andern Kantonen gefällten Strafurteile existiert keine verfassungsmässige Garantie der Vollstreckbarkeit. Daraus folgert Doktrin und Praxis, dass eine staatsrechtliche Anerkennung dieser Vollstreckbarkeit nicht vorhanden sei.[8]) Eine Ausnahme von diesem Satz ist aber zu machen für die kantonalen Strafurteile in den nach eidgenössischen Gesetzen zu erledigenden Strafsachen. OG 150 schreibt darüber vor: «In den nach eidgenössischen Gesetzen zu erledigenden Strafsachen haben die Behörden eines Kantons denjenigen der andern Kantone sowohl für die Untersuchung als die Urteilsvollstreckung Rechtshilfe zu leisten, wie den Behörden des eigenen Kantons». Daraus folgt, dass, wenn durch ein derartiges Strafurteil eine Geldforderung begründet wird, für dieselbe im Betreibungsfalle in jedem Kanton definitive Rechtsöffnung gewährt werden muss.[9]) Eine fernere Aus-

---

[7]) Ueber die staatsrechtliche Bedeutung dieses Grundsatzes vergl. die in § 3, Note 12 hievor zitierten Autoren und die dort angegebene Literatur und Judikatur. Wegen Verletzung des Art. 61 BV kann gegen den Rechtsöffnungsentscheid der staatsrechtliche Rekurs ergriffen werden (vergl. § 11, III, Ziff. 3 hievor). Dabei hat das Bundesgericht nicht nur zu prüfen, ob der Entscheid Art. 61 oder eine andere Bestimmung der BV verletzt, sondern auch, ob er mit B 81, Al. 2 in Uebereinstimmung steht, indem die letztgenannte Gesetzesbestimmung eben die gesetzliche Ausführung der Verfassungsvorschrift des Art. 61 BV darstellt; vergl. in diesem Sinne auch BE XXVIII (1), 59, XXIX (1), 92, XXXI (1), 13.

[8]) Vergl. Jaeger, Art. 80, N. 13; Brunner, S. 45 ff.; A IV, 119.

[9]) Vergl. Jaeger, Art. 81, N. 4: Reichel: Kommentar zu OG, Art. 150; Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1908: Die interkantonale Vollstreckung der gerichtlichen Strafurteile in der Schweiz, Referat von Werner, S. 14, Korreferat von Brand, S. 77.

nahme ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift zu machen für die sog. Adhäsionsurteile, d. h. für die Entscheide über Zivilansprüche im Strafverfahren. Dieselben stellen sich ihrer Natur nach als Zivilurteile dar, welche von den Strafbehörden kraft Delegation gefällt werden. Sie werden deshalb durch Theorie und Praxis hinsichtlich der Vollstreckbarkeit den eigentlichen Zivilurteilen gleichgestellt.[10]) Die Kantone sind endlich berechtigt, sei es auf dem Konkordatswege, sei es durch die Praxis, auch für die eigentlichen Strafurteile die Vollstreckbarkeit zu statuieren.[11])

dd. Ausländische Urteile besitzen die staatliche Anerkennung ihrer Vollstreckbarkeit nur dann, wenn dieselbe entweder ein für allemal oder aber im einzelnen Fall ausdrücklich anerkannt ist.

Die allgemeine Anerkennung der Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile geschieht regelmässig durch staatsvertragliche Abmachung, sei es, dass dieselbe durch die Eidgenossenschaft, sei es, dass sie nur durch den in Betracht kommenden Kanton mit andern Staaten abgeschlossen wurde (vergl. § 3, V hievor). Solche Verträge sind:[12])

Der Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen, welcher die Vollstreckbarkeit anerkennt für Urteile oder definitive Erkenntnisse in Zivil- oder Handelssachen, die durch Ge-

[10]) Vergl. BE XXIV (1), 85 und dazu BE IX, 86; Burckhardt: Kommentar zur BV, S. 634; Jaeger, Art. 80, N. 3; Brunner, S. 46 ff,, sowie die dort zitierte Literatur und Judikatur, woraus hervorgeht, dass die frühere bundesrätliche Praxis den entgegengesetzten Standpunkt einnahm.

[11]) Vergl. darüber auch die in Note 9 oben zitierten Referate von Werner und Brand.

[12]) Vergl. Grüebler: Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in der Schweiz, 1906, S. 6 ff.; Meili: Internationales Zivilprozessrecht, S. 489 ff.; Meili: Das Betreibungs- und Konkursrecht und der internationale Verkehr, Monatsblätter I, S. 2 ff.; Meili: Reflexionen über die Exekution auswärtiger Zivilurteile, 1902 Jaeger, Art, 81, N. 21; Brunner, S. 51 ff.

richte oder Schiedsgerichte in einem der beiden kontrahierenden Staaten ausgefällt und in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 15);

der Vertrag mit Spanien vom 19. November 1896 über die gegenseitige Vollstreckung von Urteilen oder Erkenntnissen in Zivil- und Handelssachen, welcher die Vollstreckung garantiert für die von den ordentlichen Gerichten oder gesetzmässig errichteten Schieds- oder Gewerbegerichten in einem der beiden Vertragsstaaten erlassenen rechtskräftigen Urteile oder Erkenntnisse in Zivil- und Handelssachen (Art. 1);

das internationale Uebereinkommen vom 14. Oktober 1890 über den Eisenbahnfrachtverkehr, welches die Vollstreckbarkeit gewährt für Urteile betreffend die Haftbarkeit einer Eisenbahngesellschaft wegen Verlustes, Minderung und Beschädigung eines Transportgutes oder wegen Versäumung der Lieferfrist (Art. 56);

die internationale Uebereinkunft vom 17. Juli 1905/17. März 1909 betreffend Zivilprozessrecht, deren Art. 18 und 19 die Vollstreckbarkeit gewähren für Entscheidungen, wodurch der Kläger oder Intervenient, der nach Art. 17 der Uebereinkunft oder nach dem in dem Staate der Klageerhebung geltenden Rechte von Sicherheitsleistung oder Hinterlegung befreit war, in die Prozesskosten verurteilt worden ist. Die Vollstreckbarkeit wird hier also lediglich für Kostenurteile unter den soeben erwähnten Voraussetzungen garantiert. Sie muss immer auf diplomatischem Wege nachgesucht werden.

Ausser diesen vom Bunde abgeschlossenen Staatsverträgen, welche nach verfassungsmässiger Vorschrift für jeden Kanton massgebend sind (BV 7), gibt es auch noch Übereinkünfte einzelner Kantone mit dem Ausland; nämlich:

die Übereinkunft des Kantons Aargau mit der grossh. badischen Regierung vom 21. Mai 1867 betreffend die gegenseitige

Vollstreckbarkeit der Urteile etc., welche die Exequierbarkeit gewährt für Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtssachen mit Einschluss der Handelssachen, die von den zuständigen Gerichten des einen der kontrahierenden Staaten auf gegenseitige Verhandlungen oder auf Ausbleiben oder Versäumnis des Beklagten erlassen sind (Art. 1);

die Erklärung zwischen dem Bundesrat und der k. und k. österreichisch-ungarischen Regierung vom 15. Februar/7. März 1885 über die Vollziehung der Zivilurteile aus dem Kanton Waadt in Österreich-Ungarn, worin die Vollstreckbarkeit österreichischer Urteile und Verfügungen in Zivilsachen (jugements et décisions rendus en matière civile) in der Waadt gewährleistet wird.

Ist die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils staatsvertraglich garantiert, so muss auf Grund desselben die definitive Rechtsöffnung in gleicher Weise gewährt werden, wie auf Grund eines Urteils des eigenen Kantons. Es darf also als Voraussetzung derselben nicht etwa eine Vollstreckbarerklärung des Urteils im einzelnen Fall (Exequatur) verlangt werden.[13])

Wo dagegen eine staatsvertragliche Regelung nicht besteht, kann das kantonale Recht bestimmen, ob und unter welchen Bedingungen es die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile in seinem Gebiet zulassen will, und es ist dies auch für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung schlechtweg massgebend.[13a]) Eine Reihe von Kantonen besitzt in ihren Prozessgesetzen hierüber besondere Vorschriften, wobei die Voraussetzungen der Exequierbarkeit, sowie die Art und Weise der Ueberprüfung der zu vollziehenden Urteile verschiedenartig geregelt sind. Während die einen Rechte nur eine Untersuchung über das Vorhandensein der Requisite der Rechtskraft und anderer

---

[13]) Ebenso A VIII, 92 (Bern).

[13a]) Zur Gewährung der Vollstreckbarkeit ist ein Kanton jedenfalls nicht verpflichtet; vergl. BE XXVIII (1), 77.

formeller Eigenschaften fordern, sehen andere eine Ueberprüfung des Urteilsinhaltes selbst vor. Wo eine gesetzliche Regelung im kantonalen Recht hierüber aber nicht besteht, ist die Gerichtspraxis ausschlaggebend.[14])

In jedem Falle aber, mag nun die staatliche Garantie der Vollstreckbarkeit von Urteilen in der einen oder andern Form gegeben sein, kann die Rechtsöffnung immer nur gestützt auf Entscheidungen derjenigen Art erteilt werden, deren Exequierbarkeit ausdrücklich garantiert ist. Deshalb fallen regelmässig nur ausländische Zivilurteile im eigentlichen Sinn, niemals aber Strafurteile oder Adhäsionsurteile in Betracht.

b. Die innern Eigenschaften eines Urteils, welche zu seiner Vollstreckbarkeit notwendig sind, verkörpern sich in dem Begriff der formellen Rechtskraft. Rechtskräftig im formellen Sinn ist ein Erkenntnis, welches von der zuständigen Gerichtsbehörde in einer vor sie gebrachten Streitsache gefällt wurde und welches durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr an eine obere Gerichtsbehörde weitergezogen werden kann.[15])

Zum Begriff des vollstreckbaren Urteils gehört nicht, dass es sich um ein Hauptturteil handelt, d. h. es braucht darin nicht eine Streitsache, speziell eine Zivilrechtssache ihrem Hauptinhalte nach entschieden zu werden. Auch ein Zwischenurteil oder eine blosse richterliche Prozessverfügung kann Vollstreckbarkeit besitzen.[16]) Dies wird nament-

---

[14]) Vergl. darüber Grüebler, a. a. O. S. 69 ff.; Brunner, S. 58 ff.; Reichel, Art. 81, N. 6; Jaeger, Art. 81, N. 21; Meili: Internationales Zivilprozessrecht, S. 494 ff.; Roguin: Exécution des jugements étrangers en Suisse, Journal du droit international privé, X, p. 117 ss.

[15]) Vergl. Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 2. Aufl., S. 774; Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., S. 663; Blumenstein: Die Einrede der beurteilten Sache, ZBJV XXXVIII, S. 449 ff., speziell S. 454; Brunner, S. 35 ff.; BE XXIV (1), 13, worin speziell das vollstreckbare Zivilurteil definiert wird.

[16]) Dazu sind namentlich auch die Entscheidungen in rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten zu rechnen und gegebenenfalls auch die einseitigen Verfügungen der Gerichte im Vollstreckungs-

lich in den bestehenden Staatsverträgen dadurch ausgedrückt, dass darin von «Entscheidungen» schlechtweg oder von «Urteilen und Erkenntnissen» (jugements et décisions) gesprochen wird.

Ob die formelle Rechtskraft eines Urteils vorhanden ist oder nicht, beurteilt sich nach den Vorschriften desjenigen Rechtes, unter dessen Herrschaft das Urteil erlassen wurde.[17])

3. Aus der Natur der Schuldbetreibung ergibt sich, dass das als Titel der Rechtsöffnung dienende Urteil auf eine Geldzahlung oder auf eine Sicherheitsleistung lauten muss, indem es eben nur unter dieser Bedingung betreibungsrechtlich vollstreckt werden kann. Der Schuldgrund der im Urteil verfügten Zahlung oder Sicherheitsleistung ist für die Rechtsöffnung als solche ohne Bedeutung. Die Zahlung kann als privatrechtliche Leistung, als Strafe oder als Kostenersatz geschuldet sein. Erforderlich ist nur, dass sie zahlenmässig bestimmt ist.

III. Die Surrogate des gerichtlichen Urteils als Titel der Rechtsöffnung.

Als Surrogate des Urteils kommen in Betracht: Der gerichtliche Vergleich, die gerichtliche Schuldanerkennung und Beschlüsse und Entscheidungen der Verwaltungsorgane über öffentlichrechtliche Verpflichtungen. B 80, Al. 2 schreibt darüber vor: «Gerichtliche Vergleiche und gerichtliche Schuldanerkennungen sind vollstreckbaren gericht-

---

verfahren (vergl. § 10, II, Ziff. 2 und 4 hievor); in diesem Sinne auch BE XXIX (1), 92, XXXI (1), 47. Vollstreckbar sind auch selbständige Kostendekrete, z. B. im Falle einer Abstandserklärung; vergl. BE XXXI (1), 12.

[17]) Vergl. Reichel, Art. 80, N. 4; ZBJV XXIX, 71. Hinsichtlich der formellen Rechtskraft bundesgerichtlicher Urteile schreibt OG 101 vor, dass dieselbe mit der Verkündigung des Urteils eintritt. Rechtskräftig ist an einem Urteil aber immer nur das Dispositiv und niemals die Motive. Es muss deshalb die Forderung, für welche Rechtsöffnung verlangt wird, durch das Dispositiv selbst festgestellt sein; vergl. Blumenstein, a. a. O., S. 492 ff. und die dort zit. Literatur; a. M. SchwJZ III, 26, 102 (Genf).

lichen Urteilen gleichgestellt, ebenso, innerhalb des Kantonsgebietes, die über öffentlichrechtliche Verpflichtungen (Steuern u. s. f.) ergangenen Beschlüsse und Entscheide der Verwaltungsorgane, welche der Kanton vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen gleichstellt».

1. Der gerichtliche Vergleich[18]) ist ein Vergleich, welcher in einem Zivilrechtsstreit durch die Parteien unter Mitwirkung der Gerichtsbehörden zwecks vollständiger oder teilweiser Verhinderung oder Erledigung des Prozesses abgeschlossen wird.

a. Voraussetzung eines solchen Vergleiches ist ein Zivilrechtsstreit. In andern Streitigkeiten (Straf- und Verwaltungsprozess) kann von einem gerichtlichen Vergleich regelmässig nicht die Rede sein, weil hier Fragen des öffentlichen Rechtes, welche der Privatdisposition der Parteien entzogen sind, zur Entscheidung gelangen.[19]) Es ist aber nicht nötig, dass der betreffende Zivilrechtsstreit bereits im prozessualen Sinne rechtshängig ist. Wohl am häufigsten wird vielmehr ein solcher Vergleich in einem der eigentlichen Prozessführung vorausgehenden Stadium abgeschlossen, nämlich im Aussöhnungs- oder Vermittlungsversuchsverfahren.[20]) Im fernern kann aber der Vergleich auch während der Dauer des Prozesses bis zur Urteilsfällung jederzeit abgeschlossen werden.

b. Der Inhalt des Vergleiches verlangt, soweit der letztere für die Rechtsöffnung in Betracht kommen soll, nicht sowohl eine Beendigung des Streitverhältnisses als vielmehr die Schaffung eines liquiden Anspruches einer Partei gegen die andere auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung.[21]) Selbstverständlich kann aber im Vergleich nur

---

[18]) Vergl. v. Wyss: Zur Lehre vom Prozessvergleich, SchwJZ III, S. 169 ff.

[19]) Eine Ausnahme bildet der Adhäsionsprozess.

[20]) Vergl. z. B. Bern. ZP § 119; Brunner, S. 61, wo auch die Genesis der Bestimmung in B 80, Al. 2 näher beleuchtet wird.

[21]) Vergl. Jaeger, 80, N. 9. Sind an die im Vergleiche vorgesehenen Geld- oder Sicherheitsleistungen Bedingungen geknüpft, so kommt der Vergleich als Rechtsöffnungstitel nicht in Betracht.

über solche Ansprüche verfügt werden, welche der Dispositionsbefugnis der Parteien unterstehen (vergl. BZP 78, Al. 1).[22]).

c. Die Form und der Abschluss des Vergleiches werden von derjenigen Prozessgesetzgebung geregelt, unter deren Herrschaft der Vergleich zustande kommt.[23]) Ohne Beobachtung dieser Vorschriften ist der Vergleich ungültig, und es liegt die Beweislast für die formelle Richtigkeit beim Gläubiger. In jedem Falle ist für das Zustandekommen die Mitwirkung der Gerichtsbehörden in irgend einer Form notwendig. Wird deshalb der Vergleich im Verlauf des Prozesses abgeschlossen, ohne dass das Gericht an seinem Abschluss direkt beteiligt war, so muss seiner wenigstens im Gerichtsprotokoll Erwähnung getan werden.

d. Die Wirkung des gerichtlichen Vergleiches ist die nämliche wie diejenige eines Urteils, d. h. für die Forderung, welche dem Gläubiger durch diesen Vergleich zugesprochen wird, muss die Rechtsöffnung ebenso erteilt werden, wie für eine Urteilsforderung. Daraus folgt auch, dass den im Rechtsöffnungskanton abgeschlossenen gerichtlichen Vergleichen diejenigen gleichzustellen sind, welche vor einer Zivilgerichtsbehörde des Bundes oder eines andern Kantons abgeschlossen wurden.[24]). Mit Bezug auf die vor ausländischen Gerichten abgeschlossenen Vergleiche wird dagegen, da die Staatsverträge über diesen Punkt nichts bemerken, die Frage eher zu verneinen sein.[25])

---

[22]) Dabei ist aber nicht ausgeschlossen, dass sich der im Aussöhnungsversuch abgeschlossene Vergleich auch auf Punkte erstreckt, welche nicht direkt Gegenstand des Aussöhnungsversuches bildeten; vergl. Monatsblatt f. bern. Rechtssprech., XIV, 167.

[23]) BZP 78, Al. 2 schreibt vor: «Der Vergleich ist nicht eher gültig, bis er niedergeschrieben und von den Parteien oder ihren hiefür besonders bevollmächtigten Vertretern (Art. 38) unterzeichnet ist. Ein gültiger Vergleich ist einem rechtskräftigen Urteil gleichzuachten.»

[24]) Anderer Meinung scheint BE XX, 50 zu sein; gerechtfertigte Kritik dieses Urteils bei Jaeger, Art. 80, N. 11, welcher hervorhebt, dass durch die Berufung auf das Stillschweigen über diesen Punkt in BV 61 eine Ablehnung der Vollstreckung nicht begründet wird.

[25]) A. M. Jaeger, Art. 81, N. 20.

2. Die gerichtliche Schuldanerkennung ist eine vor Gericht oder wenigstens im Laufe eines Zivilprozesses gemachte vollständige oder teilweise Anerkennung des gegnerischen Anspruches, von welcher die richterliche Behörde Kenntnis genommen hat und durch welche der Rechtsstreit ganz oder teilweise erledigt wird.[26])

a. Voraussetzung ist auch hier ein zwischen den Parteien bestehender Rechtsstreit. Doch kann wohl auch hier schon das Stadium des Aussöhnungsversuches dem eigentlichen Prozessverfahren gleichgesetzt werden.

b. Der Inhalt der gerichtlichen Schuldanerkennung unterscheidet sich von demjenigen des gerichtlichen Vergleiches dadurch, dass es sich dabei um eine einseitige Willenserklärung handelt, durch welche sich eine Partei dem Klageanspruch der andern ganz oder teilweise unterzieht. Betrifft diese Unterziehung den ganzen Umfang des gegnerischen Prozessanspruches, so liegt die sog. Abstandserklärung (Verzicht auf den Rechtsstreit; vergl. BZP 76) vor.

Das in Betracht kommende Prozessrecht kann auch hinsichtlich der gerichtlichen Schuldanerkennung besondere Formvorschriften aufstellen.[27])

Damit die gerichtliche Schuldanerkennung für die Rechtsöffnung in Betracht kommen kann, muss es sich dabei um die vorbehaltslose Anerkennung eines Anspruches der Gegenpartei auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung handeln.[28])

c. Die Wirkung der gerichtlichen Schuldanerkennung

---

[26]) Vergl. auch Jaeger, Art. 80, N. 10.

[27]) BZP 77, Al. 1 schliesst ausdrücklich eine Abstandserklärung mit dem Vorbehalt, später über die gleiche Streitfrage gegen die gleiche Person eine neue Klage zu erheben, aus, sofern nicht der Fall einer dilatorischen Einrede vorliegt. Einen singulären Fall der Abstandserklärung vergl. in Bern, ZP 72. Eine gerichtliche Schuldanerkennung kann nicht etwa vermutet werden, wenn es der Gegner unterlässt, einen Abweisungsschluss zu stellen; vergl. Reichel, Art. 80, N. 7.

[28]) Die Anerkennung kann sich auch auf eine blosse Kostenforderung beziehen.

ist derjenigen des Urteils konform. Für die Abstandserklärung wird dies teilweise schon durch die Vorschriften der Zivilprozessgesetzgebung vorgesehen.[29]) Ueber die Behandlung gerichtlicher Schuldanerkennungen aus andern Kantonen und aus dem Auslande ist das nämliche zu sagen, wie beim gerichtlichen Vergleich (vergl. oben Ziff. 1, lit. d).

3. Die Beschlüsse und Entscheide der Verwaltungsorgane über öffentlichrechtliche Verpflichtungen unterscheiden sich von den bisher angeführten Urteilssurrogaten dadurch, dass sie nicht unter allen Umständen und im gleichen räumlichen Umfange einem gerichtlichen Urteil gleichgestellt sind, wie jene. Damit vielmehr eine derartige Gleichstellung vorhanden ist, müssen die folgenden Voraussetzungen gegeben sein:[30])

a. Es muss sich um einen Beschluss oder einen Entscheid der Verwaltungsorgane handeln, welcher über eine öffentlichrechtliche Verpflichtung ergangen ist. Es können also dabei immer nur solche Ansprüche in Frage stehen, welche ihren Rechtsgrund im öffentlichen Recht besitzen. Was dabei unter öffentlichrechtlicher Verpflichtung zu verstehen ist, bestimmt das einschlägige Verwaltungsrecht.[31]) Für die Rechtsöffnung selbst kommen selbstverständlich nur solche öffentlichrechtliche Verpflichtungen in Betracht, welche auf eine Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten.

b. Der in Betracht fallende Beschluss oder Entscheid muss die Verpflichtung in rechtskräftiger Weise festgesetzt haben. Hiezu ist einerseits nötig, dass die be-

---

[29]) BZP 76 schreibt darüber vor: «Der Verzicht auf den Rechtsstreit hat die Wirkung eines zum Nachteile des Verzichtenden ausgefällten Urteils. Der Verzichtende hat auch alle Kosten zu bezahlen und die Gerichtsgebühr zu entrichten, wenn die Parteien nicht etwas anderes hierüber festsetzen».

[30]) Vergl. über die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen Brunner, S. 63 ff. und BE XXII, 105.

[31]) Vergl. BE XXVIII (1), 43. Eine Definition gibt Bern, Gesetz vom 20. März 1854 über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen § 16.

schliessende oder entscheidende Behörde rechtlich zuständig war, anderseits aber, dass ihr Beschluss oder Entscheid nicht an eine obere Behörde oder Instanz weitergezogen werden kann.[32])

c. Der Beschluss oder Entscheid muss innerhalb des Kantonsgebietes, in welchem die Rechtsöffnung verlangt wird, ergangen sein (vergl. B 80, Al. 2). Dabei erhebt sich die Frage, ob der Wortlaut in B 80, Al. 2: «ebenso innerhalb des Kantonsgebietes . . .» so auszulegen ist, dass überhaupt nur Beschlüsse und Entscheide aus dem Rechtsöffnungskanton selbst berücksichtigt werden dürfen. In dieser Beziehung steht vor allem ausser Zweifel, dass den Beschlüssen und Entscheiden der Verwaltungsorgane des Rechtsöffnungskantones diejenigen der Verwaltungsbehörden des Bundes gleichgestellt werden müssen, da dieselben sonst überhaupt nicht auf dem Betreibungswege vollstreckbar wären.[33])

Hinsichtlich der in andern Kantonen ergangenen Beschlüsse und Entscheide von Verwaltungsorganen besteht jedenfalls keine Pflicht des Rechtsöffnungskantons, sie den eigenen gleichzustellen, da für dieselben eine verfassungsmässige Garantie der interkantonalen Vollstreckbarkeit, wie sie BV 61 für die Zivilurteile vorsieht, nicht existiert. Dagegen kann ihm, bezw. seinen Behörden das Recht, dies zu tun, nicht abgesprochen werden.[34]) Fraglich ist dabei, ob die Vollstreckbarkeit ausserkantonaler Verwaltungsbeschlüsse und -Entscheide vom Vorhandensein einer besondern Gesetzesvorschrift abhängig ist, oder ob es den Rechtsöffnungsgerichten freisteht, sie auf Grund der allgemeinen im Kanton über die Urteilsvollstreckung bestehenden Grund-

---

[32]) Vergl. darüber Speiser: Die Verwaltungsrechtspflege in den schweiz. Kantonen, ZschwR, NF VIII, S. 539 ff.

[33]) So auch BE XXIV (1), 14 (betr. die von den eidgen. Zollbehörden ausgesprochenen Bussen); vergl. Jaeger, Art. 81, N. 4.

[34]) Ebenso auch BE XXVIII (1), 34, XXXII (1), 96; Kirchhofer: Soll die Rechtshilfe unter den Kantonen bundesrechtlich auf die Vollstreckung von Steueransprüchen ausgedehnt werden? ZschwR NF XXVI, S. 543 ff.; dagegen Brunner, S. 64.

sätze zu gewähren.[35]) Die Frage kann aber nicht allgemein beantwortet werden, ihre Entscheidung hängt vielmehr von der Ausgestaltung der Vorschriften des betreffenden Kantons über die Vollstreckung ausserkantonaler Urteile überhaupt ab.[35a])

Hinsichtlich einer Gestattung der Vollstreckung ausländischer Verwaltungsentscheide sind die Kantone vollständig souverän, da ihnen hierin weder durch die BV noch auch durch die Bundesgesetzgebung eine Schranke gesetzt wird.

d. Die Beschlüsse und Entscheide müssen endlich vom Kanton einem gerichtlichen Urteil gleichgestellt sein (B 80, Al. 2). Auch hier erhebt sich die Frage, ob dies durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift geschehen muss, oder ob die Gerichtspraxis dazu befugt ist. Diese Frage löst sich am rationellsten durch die Ueberlegung, dass der Kanton überall da, wo er einen Verwaltungsentscheid vorsieht, welcher eine Partei zur Geldzahlung oder Sicherheitsleistung verurteilt, demselben auch Vollstreckbarkeit verleihen will, da sonst die ganze Anordnung keinen Sinn hat. Die Gleichstellung kann somit

---

[35]) Im ersteren Sinn v. Salis: Zur Frage der Rechtsöffnung für ausserkantonale Urteile, A IV, 32 und Jaeger, Art. 80, N. 16; im letztern Sinne A IV, 119 (Luzern) und Anmerkung von Brüstlein dazu, sowie SchwJZ III, 293 (Zürich).

[35a]) Ein Fall bundesrechtlich gebotener interkantonaler Rechtshülfe kann sich ergeben gestützt auf das Bundesgesetz vom 22. Juni 1875 über die Kosten der Verpflegung erkrankter und der Beerdigung verstorbener armer Angehöriger anderer Kantone. Art. 2 des Gesetzes sieht vor, dass ein Ersatz für die ausgelegten Kosten nur in dem Falle beansprucht werden kann, wenn er vom Hilfsbedürftigen selbst oder von andern privatrechtlich Verpflichteten geleistet werden kann. Mit Rücksicht hierauf schreibt dann Art. 3 vor: «Tritt nach Art. 2, Abs. 2 der Fall der Ersatzpflicht ein, so haben die Behörden des Heimatkantons Hand zu bieten, dass die nach billigen Ansätzen gestellte Rechnung gedeckt werde». Ist die Ersatzpflicht durch einen Verwaltungsentscheid des Verpflegungskantons festgestellt worden, so muss nach dem Gesagten im Heimatkanton für diesen Entscheid die Rechtsöffnung bewilligt werden.

nicht nur ausdrücklich, sondern auch im soeben angedeuteten Sinn stillschweigend geschehen.[36])

IV. Das Rechtsöffnungsbegehren und seine Behandlung.

Sind die Voraussetzungen der definitiven Rechtsöffnung, d. h. ein gültiger Titel, gegeben, so kann der Gläubiger beim Richter die Rechtsöffnung verlangen (B 80, Al. 1). Es geschieht dies durch Einreichung eines Rechtsöffnungsgesuches, dessen Form und prozessuale Behandlung durch das kantonale Recht geregelt wird (vergl. § 25, III hievor).

Dabei liegt dem Gläubiger natürlich auch die Beweislast für das Vorhandensein eines genügenden Rechtsöffnungstitels ob. Über die Art und Weise dieser Beweisführung enthält B keine ausdrückliche Vorschrift. Es folgt aber aus der Natur der Sache, dass dieselbe nur durch Urkunden, d. h. durch Vorlegung der Urteilsausfertigung bezw. der Urkunden erfolgen kann, durch welche die in B 80, Al. 2 vorgesehenen Surrogate des gerichtlichen Urteils dokumentiert und festgelegt werden (Protokollauszüge, Steuerregister etc.). Der Richter muss an Hand einer authentischen Urkunde feststellen können, dass der vom Gesetz geforderte Rechtsöffnungstitel wirklich vorliegt. Ein Nachweis durch andere Beweismittel (Zeugen etc.) ist nicht zulässig; ebensowenig aber ein solcher durch Urkunden, welche nicht die gesetzlich geforderte Dokumentierung des Urteils oder seiner Surrogate darstellen.[37]) Mangels eines

[36]) Richtig führt dies aus Kirchhofer a. a. O., S. 537 ff. In diesem Sinne urteilt nunmehr auch die bundesgerichtliche Praxis; vergl. A XII, 92. Es besitzen übrigens alle Kantone ausser St. Gallen, beide Appenzell und Aargau ausdrückliche Bestimmungen; vergl. Jaeger, Art. 80, N. 16, sowie die Zusammenstellung bei Brunner, S. 67 ff.; Brand und Wasem, S. 91 ff. Nach dem oben im Text Ausgeführten braucht eine in den kantonalen EG gegebene Aufzählung der einschlägigen Fälle nicht als abschliessend betrachtet zu werden; a. M. Jaeger, Art. 80, N. 16.

[37]) Der Staatsvertrag mit Frankreich, Art. 16, Ziff. 1 verlangt die Vorlegung des Urteils oder Erkenntnisses in einer durch den

solchen Nachweises ist das Gesuch vom Richter abzuweisen. Das Vorhandensein eines gültigen Rechtsöffnungstitels muss deshalb vom Richter von Amtes wegen geprüft werden, und zwar auch in solchen Fällen, in welchen das kantonale Zivilprozessrecht den Zuspruch eines prozessualen Begehrens aus rein formellen Gründen zulässt (z. B. wegen Ausbleibens des Beklagten).[38])

Im fernern aber ist von Amtes wegen das Vorhandensein der formellen Rechtskraft des vorgelegten Urteils oder Entscheides zu prüfen. Der Gläubiger hat deshalb dem Richter, wenn nötig, die hiezu erforderlichen Bescheinigungen und Nachweise vorzulegen. Wenn es sich dabei um ein Urteil des Rechtsöffnungskantons oder des Bundes handelt, hat sich allerdings die Prüfung darauf zu beschränken, ob das Urteil in Rechtskraft erwachsen, d. h. keine Weiterziehung desselben mehr möglich sei.[39]) Dieser Nachweis wird regelmässig durch eine Bescheinigung des Gerichtsschreibers des urteilenden Gerichtes erbracht.[40])

Gesandten oder, in Ermangelung eines solchen, durch die Behörden des betreffenden Landes legalisierten Ausfertigung; der Staatsvertrag mit Spanien, Art. 2, Ziff. 1 fordert Vorlegung des Urteils oder Erkenntnisses in einer vollständigen von dem diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Landes, in welchem die Vollstreckung verlangt wird, gehörig beglaubigten Abschrift.

[38]) Unrichtig ist daher auch die Annahme, dass, wenn der Betriebene im Rechtsöffnungstermin die Forderung anerkennt, die Rechtsöffnung ohne Ueberprüfung des Titels zu erteilen sei; so Monatsblätter I, 76 (Zürich).

[39]) Ebenso BE XXIX (1), 1. Der Richter hat hier also nur die Formalien der Vollstreckbarkeit zu prüfen, niemals aber die materielle Richtigkeit des Urteils (vergl. BE XXIV (1), 4), oder die Kompetenz des urteilenden Gerichtes (a. M. Brand, (Anm. zu A VII, 5), oder die formelle Richtigkeit des stattgefundenen Prozessverfahrens.

[40]) So ausdrücklich auch Staatsvertrag mit Frankreich, Art. 16, Ziff. 3, welcher eine durch den Gerichtsschreiber des urteilenden Gerichtes ausgestellte Bescheinigung darüber verlangt, dass keinerlei Opposition, Appellation oder ein anderes Rechtsmittel vorliege; analog Staatsvertrag mit Spanien, Art. 2, Ziff. 3.

V. Die Einwendungen gegen das Rechtsöffnungsgesuch.

Die dem Betriebenen gegenüber dem Rechtsöffnungsgesuch zustehenden Einwendungen zerfallen in solche, welche sich auf das prozessuale Verfahren der Rechtsöffnung beziehen (Prozesseinreden) und in solche, welche sich gegen die Erteilung der Rechtsöffnung als solcher richten (materielle Einwendungen). B 80 und 81 behandeln nur die Einwendungen der letztern Art, da die rein prozessualen Einreden einen Teil des Rechtsöffnungsverfahrens bilden und deshalb durch das kantonale Recht zu regeln sind (vergl. § 25, III, Ziff. 2 hievor). Ihre Zulässigkeit überhaupt ergibt sich aus der Natur der Sache selbst.

1. Die Prozesseinreden richten sich gegen die Zulässigkeit des Rechtsöffnungsverfahrens im konkreten Fall. Sie sind rein prozessualer Natur und beziehen sich auf solche Fragen, welche das Stattfinden des Verfahrens überhaupt berühren (Prozessvoraussetzungen). Derartige Einreden sind namentlich die Bestreitung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters, der Prozesslegitimation der Parteien, der formellen Requisite des Rechtsöffnungsgesuches etc.[41]) Diese Einreden sind in jedem Rechtsöffnungsfall, ohne Rücksicht auf den ihm zu Grunde liegenden Titel, in gleicher Weise gegeben.

2. Die Einwendungen gegen die Erteilung der Rechtsöffnung als solcher (materielle Einreden) sind verschieden je nach der Beschaffenheit des Titels, auf welchen das Rechtsöffnungsgesuch gestützt wird.

a. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Urteile einer Behörde des Bundes oder desjenigen Kantons, in welchem die Betreibung angehoben ist, so wird die Rechtsöffnung gewährt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt oder gestundet worden ist, oder

[41]) Die Gültigkeit des dem Rechtsöffnungsgesuch vorausgehenden Zahlungsbefehls kann im Rechtsöffnungsverfahren nicht angefochten werden, da zu ihrer Beurteilung nicht der Richter, sondern die Aufsichtsbehörde kompetent ist (vergl. § 10, III hievor).

die Verjährung anruft (B 81, Al. 1). Trotz dem soeben zitierten Wortlaut des Gesetzes sind dem Urteil auch seine Surrogate gleichgestellt (vergl. oben III). Auch ihnen gegenüber sind deshalb die in B 81, Al. 1 vorgesehenen Einwendungen und nur diese zulässig.

aa. Die Einrede der Tilgung ist nur dann möglich, wenn die letztere seit Erlass des Urteils, bezw. seit der rechtlichen Entstehung des Urteilssurrogates eingetreten ist. Hinsichtlich der Behauptung einer vor jenem Zeitpunkt eingetretenen Tilgung nimmt der Gesetzgeber an, dass dieselbe durch das Urteil bezw. sein Surrogat endgültig widerlegt worden sei.[42])

Als Tilgung im Sinne des Gesetzes sind alle zivilrechtlichen Erlöschungsgründe einer Forderung anzusehen:[43]) Zahlung (OR 97 ff.), Hinterlegung bei Verzug des Gläubigers (OR 107), Verrechnung (OR 131),[44]) Aufhebung der Schuld durch Übereinkunft (OR 140), schenkungsweiser Erlass (OR 141, 273a; ZGBE 59), Novation mit Tilgungsabsicht (OR 142), Konfusion (OR 144), Abtretung, sofern sie mit der Absicht der Befreiung des Schuldners gegenüber dem bisherigen Gläubiger geschieht (OR 142, Ziff. 3, 183).[45]) Ferner aber kommt als Tilgungsgrund noch in Betracht ein Nachlassvertrag gemäss B 293 ff., sofern der Nachlasschuldner die ihm darin auferlegten Verpflichtungen erfüllt hat.[46])

Der Nachweis dieser Einredetatsachen ist aber insofern beschränkt, als er nur durch Urkunden erfolgen

[42]) Vergl. Brunner, S. 38; Jaeger, Art. 81, N. 9; Reichel, Art. 81, N. 3. Streitig ist nur die Frage, ob die Einrede der Tilgung durch Verrechnung mit einer vor dem Urteil entstandenen Forderung zulässig sei. Für Bejahung A IV, 118 (Aargau); dagegen mit Recht Anm. der Red.; ferner Monatsblätter I, 35 (Zürich).

[43]) Vergl. Jaeger, Art. 81, N. 10; Reichel, Art. 81, N. 3; Brunner, S. 39 ff.; Martin, p. 64.

[44]) Gegen die Zulässigkeit der Kompensationseinrede ZBJV XXIX, 398 (Bern); anders mit Recht Brunner, S. 40 und Monatsblätter I, 123 (Zürich); vergl. aber oben Note 42.

[45]) In diesem Sinne auch ZBJV XXIX, 386.

[46]) Ebenso BE XXXI (1), 113; vergl. auch Reichel, Art. 81, N. 3.

kann (B 81, Al. 1). Andere Beweismittel (Zeugen etc.) darf der Richter überhaupt nicht zulassen.[47])

bb. Die Einrede der Stundung besteht in der Behauptung, dass der Gläubiger dem Schuldner einen Zahlungstermin oder eine Zahlungsfrist eingeräumt habe, welche zur Zeit der Stellung des Rechtsöffnungsbegehrens noch nicht eingetreten bezw. abgelaufen sind. Die behauptete Erteilung einer Stundung muss ebenfalls seit Fällung des Urteils eingetreten sein. Auch hier ist nur Urkundenbeweis zulässig (vergl. B 81, Al. 1).

cc. Die Einrede der Verjährung wird im Gegensatz zu derjenigen der Tilgung und der Stundung durch den Gesetzgeber weder an eine zeitliche, noch an eine beweistechnische Beschränkung gebunden.[48]) Ob die Verjährung tatsächlich eingetreten ist, beurteilt sich nach den Vorschriften des in Betracht kommenden Zivilrechtes.

b. Handelt es sich um ein in einem andern Kanton ergangenes vollstreckbares Urteil, so kann der Betriebene überdies (d. h. neben den Einwendungen, wie sie B 81, Al. 1 vorsieht) die Kompetenz des Gerichtes, welches das Urteil erlassen hat, bestreiten, oder die Einwendung erheben, dass er nicht regelrecht vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen sei (B 81, Al. 2).

Einem Rechtsöffnungsgesuch gegenüber, dessen Titel auf einem Urteil des Rechtsöffnungskantons selber oder des Bundes beruht, können, wie oben gezeigt wurde, nur solche Einwendungen erhoben werden, die sich auf den materiellen Bestand der Forderung seit dem Erlass des Urteils beziehen. Das richtige Zustandekommen des

---

[47]) Dagegen müssen wohl Geschäftsbücher in Verbindung mit Ergänzungseid zugelassen werden; ebenso Reichel, Art. 81, N. 3.

[48]) Jaeger, Art. 81, N. 12 nimmt an, die Verjährung müsse seit der Fällung des Urteils eingetreten sein. Trotz dem Wortlaut in B 81, Al. 1 ist diese Ansicht wohl richtig, indem durch das Urteil eben die Behauptung einer Verjährung widerlegt wurde. Es kann sich also richtiger Weise nur um eine Verjährung der Judikatsforderung als solcher handeln. Analog verhält es sich mit Forderungen, welche auf einem Urteilssurrogat gemäss B 80, Al. 2 beruhen.

Urteils selbst dagegen ist vom Bereich dieser Einwendungen ausgeschlossen. Dies kommt daher, dass diese Urteile unter der Herrschaft von Prozessnormen und durch Organe gefällt wurden, welche für den betreffenden Kanton direkt massgebend sind. Handelt es sich aber um ein Urteil aus einem andern Kanton, so garantiert allerdings Art. 61 BV die Vollstreckbarkeit desselben in der ganzen Schweiz, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass es rechtskräftig ist. Dieser Vorbehalt der Vollstreckungsgarantie bringt es mit sich, dass dem Vollstreckungsrichter das Recht zustehen muss, das Vorhandensein der Rechtskraft dieses Urteils nach allen Richtungen hin zu prüfen. Rechtskräftig aber ist nach allgemeiner juristischer Anschauung ein Urteil nur dann, wenn es von einem zuständigen Gericht unter einer gesetzmässigen Beteiligung der Parteien zustande gekommen ist. Infolgedessen gibt der Gesetzgeber dem Betriebenen gegenüber einem auf ein ausserkantonales Urteil basierten Rechtsöffnungsgesuch neben den Einwendungen gegen den materiellen Bestand der Forderung auch noch solche gegen das gesetzmässige Zustandekommen des Urteils selbst. Da jedoch die Rechtskraft des Urteils die Voraussetzung der Rechtsöffnung überhaupt bildet, also vom Rechtsöffnungskläger zu beweisen ist, so ladet der Gesetzgeber die Beweislast für die letzterwähnten Einwendungen nicht etwa schlechtweg dem Betriebenen auf, wie dies bei den Einwänden der Tilgung, Stundung und Verjährung (B 81, Al. 1) der Fall ist, sondern er gestattet ihm, einfach die Zuständigkeit des urteilenden Gerichtes «zu bestreiten» oder «die Einwendung zu erheben», dass er nicht regelrecht geladen oder gesetzlich vertreten gewesen sei. Der Beweis der Unbegründetheit dieser Einreden, d. h. der vorhandenen Kompetenz, der richtigen Ladung und der gesetzlichen Vertretung, liegt dem Rechtsöffnungskläger ob.[49])

[49]) Dies sagte ausdrücklich Art. 83, Al. 2 des bundesrätlichen Entwurfes vom 23. Februar 1886, welcher bestimmte: «Es liegt dann dem Gläubiger ob, diese Einreden zu beseitigen»; vergl. auch Reichel, Art. 81, N. 5. In diesem Sinne urteilt auch die Praxis, vergl. BE XVIII, 77, XX, 49. Allerdings genügt es nach richtiger

aa. Der Einwand der mangelnden Kompetenz bezieht sich sowohl auf die örtliche, als auch auf die sachliche Zuständigkeit.

Die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes beurteilt sich, soweit persönliche Klagen in Betracht kommen, nach der Vorschrift des Art. 59 BV.[50]) Dieses Prinzip wird erläutert und präzisiert durch verschiedene Bundesgesetze, welche für gewisse Klagen spezielle Gerichtsstände begründen.[51]) Fehlt dagegen eine bundesrechtliche Vorschrift, so ist das Recht desjenigen Kantons massgebend, in welchem das Urteil gefällt wurde.[52])

Die sachliche Kompetenz ist ausnahmslos nach dem Rechte des Kantons zu beurteilen, wo das Urteil erfolgte, indem hierüber keinerlei bundesrechtliche Vorschriften existieren.

bb. Der Einwand der mangelnden regelrechten Ladung ist dann zu erheben, wenn in dem Prozess, in welchem das Urteil gefällt wurde, der Verurteilte nicht den gesetzlichen Vorschriften gemäss zu den Verhandlungen geladen wurde. Massgebend ist dabei für die Form der Ladung das Recht des Prozessortes;[53]) für die Form der

---

Meinung nicht, wenn der Betriebene das Vorhandensein der Kompetenz, der richtigen Ladung und gesetzlicher Vertretung ohne weitere Begründung schlechthin bestreitet. Er muss vielmehr seinen Einwand mindestens glaubhaft machen; vergl. SchwJZ III, 166.

[50]) Vergl. Jaeger, Art. 81, N. 16; Reichel, Art. 81, N. 5; Brunner, S. 50; Roguin: Conflits des lois suisses, p. 777 ss.; die Referate von Roguin und Ganzoni in den Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1898 über das Thema: Soll ein Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen erlassen werden? ZschwR, NF, XVII, S. 697 ff., sowie die in § 3, Note 5 hievor zitierte Literatur.

[51]) Vergl. z. B. Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe, Art. 35, 43; ZGB 111, 136, 144, 263; Bundesgesetz vom 15. Oktober 1897 über die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen durch den Bund, Art. 12.

[52]) Ebenso Jaeger, Art. 81, N. 16; Roguin: Conflits des lois, p. 779 ss.; dagegen Ganzoni, a. a. O., ZschwR, NF, XVII, S. 748 ff.

[53]) Ebenso SchwJZ II, 125.

Notifikation oder Zustellung der Ladung dagegen das Recht des Ortes, an welchem die Ladung erfolgte.[54])

cc. Der Einwand der mangelnden gesetzlichen Vertretung ist nur in denjenigen Fällen gegeben, in welchen die Vertretung einer Partei vor Gericht durch das Gesetz vorgesehen ist.[55]) Die Notwendigkeit der gesetzlichen Vertretung einer Partei vor Gericht richtet sich nach dem Prozessrecht desjenigen Kantons, in welchem das Urteil gefällt wurde. Die einschlägigen Prozessbestimmungen ihrerseits aber stellen regelmässig auf die zivilrechtlichen Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit ab.[56])

c. Hinsichtlich der Urteile aus fremden Staaten sind drei verschiedene Fälle zu berücksichtigen:

aa. Gegenüber einem Urteile, das in einem fremden Staate erlassen worden ist, mit welchem ein Vertrag über gegenseitige Vollziehung gerichtlicher Urteile besteht, kann der Betriebene die Einwendungen erheben, welche im Staatsvertrag vorgesehen sind (B 81, Al. 3).

Sieht also ein bestehender Staatsvertrag solche Einwendungen vor, so sind seine einschlägigen Bestimmungen

---

[54]) In diesem Sinne auch BE XXIII, 12, XXIV (1). 42, XXXI (1), 48. Die Praxis hebt dabei mit Recht hervor, dass eine Ladung in genügender Weise erfolgt sei, sofern sie einem gehörig Bevollmächtigten des Geladenen zugestellt wurde. Hat ferner der in unrichtiger Weise Geladene der Ladung trotzdem Folge geleistet und an der Verhandlung teilgenommen, so kann er natürlich nicht hinterher den Einwand der unrichtigen Ladung erheben; vergl. in diesem Sinne auch BE XVIII, 77. Jaeger, Art. 81, N. 18 stellt der nicht regelrechten Ladung auch die nicht regelrechte Zustellung eines Versäumnisurteils gleich, worin ihm auch die Praxis beistimmt (vergl. BE XXIV (1), 41).

[55]) Der Einwand, dass ein für den Verurteilten vor Gericht erschienener vertraglicher Vertreter nicht gehörig bevollmächtigt gewesen sei, kann nur dann gehört werden, wenn damit auch der Einwand der unrichtigen Ladung verbunden wird, indem es ja sonst dem Verurteilten obgelegen hätte, selber vor Gericht zu erscheinen; vergl. BE XXIV (1), 42.

[56]) Vergl. Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 über die persönliche Handlungsfähigkeit: ZGB 19, 273 ff., 324 ff., 368 ff.



schlechtweg massgebend.[57]) Wird entgegen denselben die Rechtsöffnung verweigert, so ist gegenüber dem Entscheid der staatsrechtliche Rekurs gestützt auf Art 113, Ziff. 3 BV gegeben.[58]) Andere Einreden als die staatsvertraglich vor-

---

[57]) Solche Einreden sieht namentlich der Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 vor. Gemäss Art. 17 desselben kann die Vollziehung nur verweigert werden:

a. wenn der Entscheid von einer inkompetenten Behörde gefällt worden ist;

b. wenn ein kontradiktorisches Urteil erlassen worden ist, ohne dass die Parteien gehörig zitiert worden sind und gesetzlich vertreten waren, oder wenn ein Kontumazialurteil erlassen worden ist, ohne dass die Parteien gehörig zitiert worden sind;

c. wenn die Normen des öffentlichen Rechtes oder die Interessen der öffentlichen Ordnung des Landes, wo die Vollziehung verlangt wird, einer Vollziehung des Entscheides der fremden richterlichen Behörde entgegenstehen (sog. Verletzung des ordre public). Eine solche bildet die Vollziehung eines Urteils, welche einer Verfassungsbestimmung, z. B. BV Art. 59, widersprechen würde; vergl. BE XXV (1), 14.

Analoge Bestimmungen besitzt auch der Staatsvertrag mit Spanien vom 19. November 1896, Art. 6. Die internationale Uebereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 17. Juli 1905 und 17. März 1909 beschränkt die Prüfung der zuständigen Behörde darauf, ob nach den Gesetzen des Landes, wo die Verurteilung erfolgt ist, die Ausfertigung der Entscheidung die für ihre Beweiskraft erforderderlichen Voraussetzungen erfüllt, ferner, ob nach denselben Gesetzen die Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat und endlich, ob das Dispositiv der Entscheidung in der Sprache der ersuchten Behörde oder in der zwischen den beiden beteiligten Staaten vereinbarten Sprache abgefasst oder von einer beglaubigten Uebersetzung begleitet ist (Art. 19). Vergl. über diese staatsvertraglichen Bestimmungen Jaeger, Art. 81, N. 23; Reichel, Art. 81, N. 6; Grüebler, a. a. O., S. 10 ff.; Roguin: Conflits des lois, p. 788 ss; Meili: Internationales Zivilprozessrecht, S. 520 ff.; Martin, p. 67; Curti: Der Staatsvertrag mit Frankreich betreffend Gerichtsstand und Urteilsvollstreckung, Zürich 1879, S. 161 ff., sowie die bei diesen Autoren zitierte Judikatur und weitere Literatur.

[58]) Vergl. BE XX, 125, XXII, 72. Der Staatsvertrag mit Frankreich bestimmt in Art. 17, Al. 2: «Ein Urteil, durch welches die Vollziehung entweder gestattet oder verweigert wird, ist wegen Nichterscheinens einer Partei nicht anfechtbar, wohl aber kann gegen dasselbe binnen der Frist und nach den gesetzlichen Formen des Landes, wo es ausgefällt wurde, an die kompetente Behörde

gesehenen dürfen, soweit sie sich auf die eigentliche Vollstreckung beziehen, vom Rechtsöffnungsrichter nicht zugelassen werden. Dagegen sind auch in diesen Fällen die in B 81, Al. 1 vorgesehenen Einwendungen der seit Erlass des Urteils erfolgten Tilgung, Stundung oder Verjährung der Schuld möglich, indem sie die Vollstreckbarkeit des Urteils als solches nicht in Frage stellen, sondern sich auf Rechtsverhältnisse beziehen, welche davon unabhängig und nach der Fällung des Urteils entstanden sind. Die Staatsverträge befassen sich eben nicht mit dem Schicksal der Forderung seit Erlass des Urteils.

bb. Sieht ein bestehender Staatsvertrag keine einschlägigen Bestimmungen vor,[59]) so sind neben den Einwänden der Tilgung, Stundung und Verjährung der Forderung seit Erlass des Urteils, wie sie B 81, Al. 2 regelt, auch diejenigen zuzulassen, welche B 81, Al. 2 einem Urteil aus andern Kantonen gegenüber gibt (Bestreitung der Kompetenz, der regelrechten Ladung und der gesetzlichen Vertretung). Diese Einwendungen nämlich beziehen sich auf die formelle Rechtskraft des zu vollstreckenden Urteils, welche der Rechtsöffnungsrichter jedem ausländischen Urteil gegenüber zu prüfen hat. Das Gesetz selber regelt diesen Fall überhaupt nicht.

cc. Das nämliche ist zu sagen in Bezug auf ausländische Urteile, welche aus einem Staate stammen, mit dem kein Vertrag besteht. Es kommen hier vor allem die Bestimmungen des einschlägigen kantonalen Rechtes in Betracht, da es ihm ja freisteht, solche Urteile als Rechtsöffnungstitel anzuerkennen oder nicht (vergl. oben II, Ziff. 2,

---

rekuriert werden». Analoge Bestimmung im Staatsvertrag mit Spanien, Art. 15, Al. 2.

[59]) Hierher gehören das internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Okt. 1890 und die Erklärung zwischen Waadt und Österreich-Ungarn vom 16. Feb./7. März 1885. Die Übereinkunft zwischen Aargau und Baden vom 21. Mai 1867 sieht in Art. 4 vor, dass die angegangene Behörde zu prüfen habe, «ob das Urteil oder der Schiedsspruch als zuständig erlassen und rechtskräftig zu betrachten, somit der Vollzug zuzulassen sei».

lit. a in fine).[60] Jedenfalls aber darf ein solches Urteil nicht vollstreckt werden, wenn dies der staatlichen Ordnung (ordre public) widersprechen würde.[61] Ferner aber nimmt die Praxis an, dass der Betriebene in einem derartigen Fall nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn die Rechtsöffnung auf Grund eines inländischen Urteils verlangt würde. Sie lässt deshalb alle in B 81, Al. 1 und 2 vorgesehenen Einwendungen schlechtweg zu.[62]

VI. Die Wirkung der definitiven Rechtsöffnung.

Die definitive Rechtsöffnung ist die Aufhebung des Rechtsvorschlages (B 80, Al. 1). Ist sie deshalb erteilt, so ist die betreibungsrechtliche Situation die nämliche, wie wenn überhaupt kein Rechtsvorschlag erhoben worden wäre. Die Betreibung kann somit ihren Fortgang nehmen, sobald die zwanzigtägige Zahlungsfrist abgelaufen ist, welche B 69, Ziff. 2 dem Schuldner einräumt (B 69, Ziff. 4). Der Gläubiger, dem die definitive Rechtsöffnung erteilt wurde, kann also nach Ablauf der soeben erwähnten Frist beim Betreibungsamt die Fortsetzung der Betreibung verlangen (B 88, 159). Dieses Recht steht ihm aber nur solange zu, als der für ihn erlassene Zahlungsbefehl Gültigkeit besitzt (vergl. B 88, Al. 2, 154, Al. 1, 166, Al. 2).[63]

Die Aufhebung des Rechtsvorschlages und damit die Ermöglichung einer Fortsetzung der Betreibung ist aber die einzige Wirkung der definitiven Rechtsöffnung. Es wird dadurch über nichts anders entschieden, namentlich nicht über irgendwelche zwischen den Betreibungsparteien vorhandene Streitfragen materiellrechtlicher Natur. Wo des-

[60] Bestimmungen über die Einreden enthalten z. B. Baselstadt ZPO § 258, Neuenburg c. p. c. art. 865; vergl. Brunner, S. 58 ff.

[61] Z. B. dem Art. 59 BV; vergl. Jaeger, Art. 81, N. 21.

[62] In diesem Sinne BE XXV (1), 14; vergl. Reichel, Art. 81, N. 6.

[63] Durch das Rechtsöffnungsverfahren wird weder die Zahlungsfrist gemäss B 69, Ziff. 2 noch auch die Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls gemäss B 88, Al. 2 unterbrochen. Die für das Verfahren gebrauchte Zeit wird denn auch von der letztgenannten Frist nicht abgezogen; vergl. A IX, 75.

halb bei der Betreibung auf Pfandverwertung der Schuldner im Rechtsvorschlag auch das Bestehen eines Pfandrechtes bestritten hat, wird diese Frage mit der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung keineswegs beurteilt. Der Gläubiger muss vielmehr auf dem Wege des ordentlichen Zivilprozesses gemäss B 79 auf Bestehen des Pfandrechtes klagen, bevor die Betreibung auf Pfandverwertung weitergehen kann. [64])

§ 27.

Die provisorische Rechtsöffnung.

I. Begriff und Voraussetzung.

Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (B 82, Al. 1).

Im Gegensatz zur definitiven Rechtsöffnung handelt es sich hier nicht um die Vollstreckung gewisser Titel, deren Natur die Vollstreckbarkeit (formelle Rechtskraft) in sich schliesst. Der Grund der Rechtsöffnung liegt vielmehr in dem tatsächlichen Vorgang der seitens des Schuldners erfolgten Schuldanerkennung, für welchen die vom Gesetz geforderte Urkunde lediglich das Beweismittel bildet. Der Gesetzgeber wollte keine besondern exequierbaren, dem Urteil und seinen Surrogaten gleichgestellten Urkunden schaffen.[1]) Dies ergibt sich einmal aus dem Wortlaut in B 82, Al. 1 im Gegensatz zu demjenigen in B 80, Al. 1. In der letztern Vorschrift wird nämlich direkt gesagt, dass die Forderung auf dem Urteil beruht, während in B 82, Al. 1 gesprochen wird von einer Forderung, welche auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht. Ferner zeigt es sich darin,

---

[64]) Ebenso Jaeger, Art. 80, N. 7; Brunner, S. 76; a. M. offenbar A IV, 81 (Bundesrat).

[1]) Vergl. auch Lienhard: Die Grundzüge einer bernischen Notariatsordnung, ZBJV XXIV, S. 221 ff., speziell S. 223.

dass in B 82 die blosse Privaturkunde, welche doch ihrer rechtlichen Natur nach formelle Rechtskraft nicht in sich schliessen kann, der öffentlichen Urkunde schlechtweg gleichgestellt wird.[2]) Schliesslich aber zeigt sich der Unterschied zwischen den in B 80 und B 82 erwähnten Urkunden in der betreibungsrechtlichen Wirkung der Rechtsöffnung, zu welcher sie verwendet werden: Die auf Grund des Urteils und seiner Surrogate erhaltene Rechtsöffnung ermöglicht schlechtweg und direkt die Fortsetzung der Betreibung, während gegenüber der auf Grund einer Schuldanerkennung erlangten der Schuldner vorher im Wege der Aberkennungsklage die Überprüfung des materiellen Bestandes der Forderung verlangen kann (B 83, Al. 2).[3])

Die provisorische Rechtsöffnung ist somit eine besondere Art der Beseitigung des Rechtsvorschlages, gestützt auf eine Schuldanerkennung und unter Vorbehalt einer richterlichen Nachprüfung des materiellen Bestandes der in Betrei-

---

[2]) Die exequierbare Urkunde des gemeinen sowohl wie des modernen Rechtes zeichnet sich eben dadurch aus, dass bei ihrem Zustandekommen öffentliche Organe in einem streng geregelten Verfahren mitwirken, welches eine analoge Garantie der Rechtsicherheit bietet, wie das Prozessverfahren. Man darf deshalb theoretisch diese Urkunden als Akte der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit hinsichtlich ihrer Vollstreckbarkeit denjenigen der streitigen Gerichtsbarkeit gleichstellen, was bei blossen Privaturkunden niemals der Fall ist. Vergl. über Begriff und Wesen der exequierbaren Urkunde Oesterley: Das deutsche Notariat, 1842/45, Bd. I, S. 352 ff., Bd. II, S. 46 ff.; Bayer: Theorie der summarischen Prozesse, 7. Aufl. 1859, S. 89 ff.; Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl. 1878, § 24; Clerc: Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat, 8me éd. 1896—1903, tome II, p. 7 ss.; Rietsch: Handbuch der Urkundwissenschaft, 2. Aufl. 1904, S. 647 ff.; Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 2. Aufl. 1906, S. 79 ff., 374; Deutsche ZPO, § 794.

[3]) Die Gleichstellung der provisorischen Rechtsöffnung mit dem gemeinrechtlichen Exekutivprozess, wie sie namentlich von Brunner, S. 1 ff. versucht wird, ist deshalb nicht gerechtfertigt und jedenfalls ohne praktische Bedeutung (vergl. auch § 11, II, Ziff. 3 hievor). Noch weniger aber kann man, mit Brunner, hier von vollstreckbaren Urkunden sprechen, da, wie oben gezeigt, die Urkunde lediglich als Beweismittel für die Schuldanerkennung in Betracht kommt.

bung gesetzten Forderung. Ihre Voraussetzung beruht in einer vorausgegangenen Anerkennung der Forderung durch den Schuldner, welche durch die im Gesetz genannten Beweismittel dargetan wird.

II. Die Schuldanerkennung.

Die Grundlage der provisorischen Rechtsöffnung bildet die Schuldanerkennung.

1. Der Begriff der Schuldanerkennung wird in B 82 nicht näher umschrieben. Wir sind daher zu seiner Bestimmung im allgemeinen auf die einschlägigen Vorschriften des Zivilrechtes angewiesen. Dabei kommen zwei Momente in Betracht: Einerseits eine direkte Willensäusserung des Schuldners, sich als solchen anzuerkennen, und andererseits ein dieser Willensäusserung zu Grunde liegender Tatbestand.

Eine die Schuld anerkennende Willensäusserung liegt in jeder Äusserung einer Person, wodurch dieselbe das Vorhandensein einer Schuldpflicht ihrerseits bestätigt. Der Anlass und die innern Motive einer solchen Bestätigung sind durchaus irrelevant. Dagegen kann diese Bestätigung nur insofern wirksam werden, als die äussern Verhältnisse, unter welchen und in bezug auf welche sie abgegeben wurde, tatsächlich vorhanden sind. Es muss also mit andern Worten der der Schuldanerkennung zu Grunde liegende Tatbestand in seinem ganzen Umfange erfüllt sein. Wo deshalb zu diesem Tatbestande die Erfüllung einer Bedingung oder die Vornahme einer Gegenleistung seitens einer andern Person gehört, kann die Schuldanerkennung erst dann als eine vollständige betrachtet werden, wenn sich aus den äussern Umständen ergibt, dass dieser Tatbestand wirklich vorliegt, d. h. dass die Bedingung, bezw. die Gegenleistung wirklich eingetreten ist.

Von dieser Überlegung ausgehend, ist auch die alte Streitfrage zu lösen, ob unter der in B 82 vorgesehenen Schuldanerkennung nur ein vorbehaltloses und bedingungsloses Schuldbekenntnis zu verstehen ist, oder ob als solche unter Umständen auch eine bloss bedingte Aner-

kennung, bezw. ein Vertrag mit gegenseitigen Rechten und Pflichten der Parteien betrachtet werden kann. Es muss eben hier im einzelnen Fall geprüft werden, ob nach den zur Zeit des gestellten Rechtsöffnungsgesuches bestehenden Verhältnissen die Bedingung als erfüllt, bezw. die Gegenleistung als erfolgt betrachtet werden kann. Ist dies der Fall, so steht auch hier der Annahme einer gemäss B 82 wirksamen Schuldanerkennung nichts entgegen.[4])

Schuldanerkennung im Sinne des Gesetzes ist demnach die Willensäusserung einer Person, wodurch sie das Vorhandensein einer Schuldpflicht ihrerseits bestätigt, wobei sich zugleich aus den bestehenden Verhältnissen ergeben muss, dass der Tatbestand, auf welchen sich diese Willenserklärung stützt, wirklich gegeben ist.

2. Der Inhalt der Schuldanerkennung wird immer durch eine auf dem Wege der Schuldbetreibung vollstreckbare Leistung (Geldzahlung oder Sicherheitsleistung) gebildet. Es muss also darin die Verpflichtung zur Vornahme einer derartigen Leistung anerkannt sein.[5])

[4]) Für die Zulässigkeit der Rechtsöffnung in einem solchen Fall sprach sich von jeher die Doktrin aus; vergl. Brüstlein in A I, 80, II, 116, III, 51, 129, IV, 23; Reichel, Art. 82, N. 2; Jaeger, Art. 82, N. 4; Brunner, S. 83 ff. Den entgegengesetzten Standpunkt nahm die frühere Gerichtspraxis vieler Kantone ein; vergl. A I, 80, III, 51, 129 (Bern); A II, 116 (Freiburg); BlHE XI, 109 (Zürich), sowie die bei Jaeger, Art. 82, N. 4 und Reichel, Art. 82, N. 2 zit. weitern Urteile. In diesem Sinne noch heute Waadt (vergl. SchwJZ III, 26, 102, 103) und Genf (vergl. Martin, p. 69). Dagegen lässt die neuere Praxis mehrerer Kantone auch die oben im Text vertretene Auffassung zu und betrachtet deshalb als Schuldanerkennung im Sinne des Gesetzes u. U. auch ein in einem Vertrage enthaltenes Zahlungsversprechen, sobald aus den begleitenden Umständen hervorgeht, dass die der Gegenpartei obliegende Leistung erfüllt und deshalb die Schuldanerkennung als solche liquid geworden ist; vergl. ZBJV XXXVI, 480, XXXVII, 168 (Bern). Diese Auffassung hat anlässlich eines staatsrechtlichen Rekursentscheides auch das Bundesgericht als richtig anerkannt; vergl. BE XXVI (1), 1.

[5]) Dabei muss natürlich diese Forderung mit der in Betreibung gesetzten identisch sein; vergl. ZBJV XXXI, 116. Ebenso muss



Ob eine derartige Anerkennung tatsächlich vorliegt, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden, und es lassen sich dabei drei Hauptgruppen von Schuldanerkennungen unterscheiden:

a. Die einseitige Schuldanerkennung ist eine solche, welche ihren Ausdruck in einer einseitigen Willenserklärung des Schuldners findet.[6]) Der Typus derselben ist das sog. abstrakte Schuldversprechen, ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes (OR 15). Zweifelhafter ist die Sache bei der Bürgschaftsverpflichtung, wobei man die Solidarbürgschaft immer [7]), die einfache Bürgschaft dagegen nur dann als Schuldanerkennung zu betrachten hat, wenn der Hauptschuldner fruchtlos belangt wurde (OR 493).[8]) Der Wechsel bildet eine Schuldanerkennung nur mit Bezug auf denjenigen, welcher durch seine Unterschrift auf dem Wechsel direkt verpflichtet wird: Aussteller, Akzeptant, Indossant, nicht aber Bezogener.[9])

b. Zweiseitige Rechtsgeschäfte können eine Schuldanerkennung im Sinne des Gesetzes enthalten, sobald aus den Umständen hervorgeht, dass der Gläubiger die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat (vergl. oben Ziff. 1).[10])

---

die Schuldanerkennung vom Betriebenen selbst, bezw. von seinem gesetzlichen Vertreter oder wenigstens von einer Stelle ausgegangen sein, welche sich namens des Betriebenen gültig verpflichten konnte. Hinsichtlich der Geltendmachung einer von der Kollektivgesellschaft ausgehenden Schuldanerkennung gegenüber einem Kollektivgesellschafter vergl. A II, 135 (Basel), A IX, 114 (Bern).

[6]) Hierher gehört auch die ausdrückliche Anerkennung einer zugestellten Rechnung; vergl. BE XXVII (2), 32; nicht aber eine blosse Empfangsbescheinigung; vergl. A XII, 88 (Bern).

[7]) Ebenso Brunner, S. 92, sowie ZBJV XXIX, 391, XXXI, 120 (Bern); A IV, 31 (Luzern); dagegen A II, 116 (Freiburg); BlHE XI, 109 (Zürich).

[8]) Ebenso Brunner, S. 91; Jaeger, Art. 82, N. 4; A XII, 89 (Bern), dagegen früher ZBJV XXIX, 394 (Bern).

[9]) Vergl. Brunner, S. 92 ff.; Jaeger, Art. 82, N. 4, sowie die bei beiden zit. Judikatur; ferner BE XXXIII (1), 2; A VIII, 45, IX, 116 (Bern); ZBJV XLIV, 406 (Solothurn).

[10]) Streitig ist dabei, ob auch hierfür ein Urkundenbeweis notwendig ist; vergl. darüber unten III, sowie die bei Jaeger, Art. 82, N. 4 zit. Judikatur.

c. Eine Schuldanerkennung oder wenigstens ein wirksames Surrogat derselben kann in gewissen Fällen auch durch das Schuldbetreibungsverfahren selbst geschaffen werden. Dies geschieht durch den Verlustschein (B 149, Al. 2, 265, Al. 1.)[10a])

3. Der Nachweis der Schuldanerkennung kann ausnahmslos nur durch Urkunden geschehen, und zwar sieht B 82, Al. 1 dafür ausschliesslich die öffentliche Urkunde und die durch Unterschrift bekräftigte Privaturkunde vor. Nur in dieser äussern Form genügt die Schuldanerkennung zur Herbeiführung einer provisorischen Rechtsöffnung.[11]) Die Urkunde muss auch bereits dem ganzen Betreibungsverfahren zu Grunde gelegen haben, was sich dadurch zu dokumentieren hat, dass sie im Zahlungsbefehl ausdrücklich genannt wurde.[12])

[10a]) Vergl. Leemann: Der schweizer. Verlustschein, 1907, S. 22 ff. und 86 ff. B 149, Al. 2 und 265, Al. 1 bezeichnen allerdings den Verlustschein nicht direkt als Schuldanerkennung, sondern stellen lediglich fest. dass er als solche gilt. Es besteht also für diese Eigenschaft des Verlustscheins eine einfache Rechtsvermutung, gegen welche ein Gegenbeweis zulässig ist. Gründet sich die Forderung, für welche der Verlustschein ausgestellt wurde, auf ein Urteil, so ist der Gläubiger nicht gezwungen, auf Grund des Verlustscheins provisorische, sondern er kann, gestützt auf das Urteil, definitive Rechtsöffnung verlangen. Durch die Ausstellung des Verlustscheins wird nämlich der Schuldgrund der Forderung nicht geändert (vergl. ZBJV XXXVII, 165). Ueber weitere Unterschiede gegenüber der eigentlichen Schuldanerkennung vergl. Leemann, a. a. O., S. 26 ff. Der in der Konkursbetreibung ausgestellte Verlustschein geniesst die Rechtsvermutung einer Schuldanerkennung übrigens nur dann. wenn der Gemeinschuldner die betreffende Konkursforderung ausdrücklich anerkannt hat (B 265, Al. 1); vergl. dazu A VIII, 44, IX, 114, XII, 87. Ferner aber kann der Schuldner einem auf einen Konkursverlustschein gestützten Rechtsöffnungsbegehren die Einrede des mangelnden neuen Vermögens gemäss B 265, Al. 2 entgegenhalten.

[11]) Fraglich ist, ob die Urkunde selbst durch eine unbeglaubigte Kopie ersetzt werden kann, sofern der Betriebene keine Einwendung dagegen erhebt. Für Bejahung BE XXVI (1), 1. Jedenfalls muss aber die Urkunde vorhanden sein, blosse Indizien genügen nicht; vergl. BE XXVIII (1), 3, XXX, (1) 51.

[12]) Vergl. SchwJZ III, 26 (Genf); ZBJV XLII, 323 (Bern).

a. Die öffentliche Urkunde ist diejenige Urkunde, welche von einem zur Errichtung einer solchen gesetzlich befugten Organ unter Beobachtung des dafür gesetzlich vorgesehenen Verfahrens und der vorgeschriebenen Formen aufgenommen wurde.[13]) Eine derartige Urkunde entsteht entweder durch die gesetzlich vorgesehenen, in amtlicher Eigenschaft gemachten Aufzeichnungen eines öffentlichen Beamten[14]) oder durch die seitens der zuständigen Organe vorgenommene Verurkundung privater Wil-

---

[13]) Vergl. die Definition im code civil français, art. 1317. ZGB gibt keine allgemeine Umschreibung der öffentlichen Urkunde, trotzdem es dieselbe für die Festlegung verschiedener Rechtsverhältnisse ausdrücklich verlangt; vergl. Blumenstein: Die Stellung der öffentlichen Verurkundung im bundesrätlichen Entwurf zu einem schweiz. ZGB, Monatsschrift f. bern. Verwaltungsrecht II, S. 513 ff. und Reichel: Bemerkungen zu der Stellung der öffentlichen Verurkundung im Entwurfe eines schweiz. ZGB, ibidem III, S. 193 ff. Die Regelung der öffentlichen Verurkundung bleibt also nach wie vor dem kantonalen Recht überlassen.

[14]) BZP 106 schreibt vor: «Urkunden, welche von einem öffentlichen Glauben geniessenden Beamten in Sachen seines Amtes und innerhalb der Schranken desselben in gesetzlicher Form abgefasst sind, bilden vollen Beweis gegen jedermann». Solche Urkunden bestehen entweder in amtlichen Protokollen und Registern (z. B. Grundbuch und Fertigungsprotokoll), oder in amtlichen Auszügen aus solchen, bezw. Abschriften derselben (vergl. BZP 110, Al. 2), oder endlich in amtlichen Zeugnissen über bestimmte Tatsachen (Weibelzeugnisse etc.; vergl. Bern ZP 197). Hieher gehören namentlich auch die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter und die daraus von den Beamten gelieferten Auszüge (B 8; vergl. § 7, II, hievor). Derartige öffentliche Urkunden des Betreibungsrechtes, welche eine Schuldanerkennung enthalten, sind namentlich der Verlustschein und der Pfandausfallschein gemäss B 115, Al. 1, 149, Al. 1, 158, Al. 1, 265 (vergl. oben Ziff. 2, lit. c, sowie die in Note 10a cit. Entscheide); ferner die betreibungsamtliche Protokollierung des erhobenen Rechtsvorschlages (B 76), sofern darin eine teilweise Anerkennung der betriebenen Forderung liegt; vergl. A IV, 21, 85, VI, 21, XII, 95, sowie Jaeger, Art. 82, N. 2. Jedoch muss dabei aus dem Inhalt des Rechtsvorschlages deutlich hervorgehen, dass der Schuldner einen Teil der Forderung als geschuldet anerkennt; unrichtige Anwendung dieses Prinzips in Monatsblätter I, 131 (St. Gallen).

lenserklärungen (Notariatsurkunden.)[15]) Die notarielle Verurkundung wird durch das kantonale Recht geregelt.[16])

Die öffentliche Urkunde muss natürlich echt sein. Die Echtheit hängt davon ab, ob sie von derjenigen Amtsstelle oder Urkundsperson herrührt, welche als ihre Urheber angegeben werden.[17])

Ob eine Urkunde im Rechtsöffnungsverfahren als öffentliche Urkunde zu betrachten ist, beurteilt sich nach dem Rechte ihres Errichtungsortes.[18])

b. Die durch Unterschrift bekräftigte Privaturkunde wird als solche dargestellt durch jedes vom Schuldner unterzeichnete Schriftstück, ohne Rücksicht auf seine äussere Form, sowie auf seine Zweckbestimmung. Es gehört demnach z. B. auch der Briefwechsel hieher. Das einzige gesetzliche Erfordernis ist die eigenhändige Unterschrift des Schuldners. Dieselbe kann aber auch ersetzt werden durch die Unterschrift des gesetzlichen Vertreters oder eines vertraglichen Bevollmächtigten, sofern das Vertretungs- oder Vollmachtsverhältnis in liquider Weise nachgewiesen wird.[19])

Die Echtheit der Privaturkunde hängt davon ab, dass die darauf befindliche Unterschrift von demjenigen herrührt, welchen sie als ihren Urheber bezeichnet. Sie muss,

---

[15]) Ueber das Wesen der Notariatsurkunde vergl. im allgemeinen die in Note 2 hievor cit. Literatur.

[16]) Vergl. darüber Blumenstein in Reichesbergs Handwörterbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung Bd. III S. 211 ff. s. v. Notariatswesen.

[17]) BZP 113 schreibt vor: «Die Echtheit einer öffentlichen Urkunde wird im Falle Widerspruchs durch das Zeugnis der zuständigen Behörde festgestellt». Hinsichtlich des zu führenden Echtheitsbeweises macht aber in jedem Fall das Prozessrecht des Rechtsöffnungskantons Regel.

[18]) Es kann deshalb auch eine im Ausland errichtete öffentliche Urkunde gemäss B 82, Al. 1 Berücksichtigung finden, sofern sie in allen Teilen den Formvorschriften des betreffenden ausländischen Rechtes entspricht; vergl. A VII, 1 (Bern).

[19]) Vergl. Jaeger, Art. 82, N. 3.

wenn sie bestritten wird, von demjenigen bewiesen werden, welcher sich auf die Urkunde beruft.[20])

III. Die Behandlung des Rechtsöffnungsgesuches.

Sind die sub II hievor erwähnten Voraussetzungen erfüllt, d. h. besitzt der Gläubiger eine durch öffentliche Urkunde festgestellte oder durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung der in Betreibung gesetzten Forderung, so kann er die provisorische Rechtsöffnung verlangen (B 82, Al. 1). Hiezu bedarf es eines ausdrücklichen Gesuches an den Richter (vergl. § 25, III hievor).

Das Gesuch muss den Nachweis erbringen, dass die Forderung, auf welche die Schuldanerkennung lautet, mit der in Betreibung gesetzten identisch ist, sowie eventuell dass die Schuldanerkennung als liquid betrachtet werden kann, d. h. dass allfällige darin vorgesehene Bedingungen oder Gegenleistungen erfüllt sind.[21])

Dem Rechtsöffnungsgesuch müssen diejenigen Urkunden beigelegt werden, durch welche der Nachweis einer Schuldanerkennung erbracht werden soll. Der Richter darf ohne Erfüllung dieses Erfordernisses auch im Falle des Ausbleibens des Rechtsöffnungsbeklagten die Rechtsöffnung nicht bewilligen (vergl. auch § 26, IV hievor). Der Nachweis einer Erfüllung allfällig in der Schuldanerkennung vorbehaltener Bedingungen und Gegenleistungen muss ebenfalls in liquider Weise erbracht werden. Jedoch ist dazu ein Urkundenbeweis nicht unumgänglich nötig und in den meisten Fällen auch nicht möglich.

---

[20]) In diesem Sinne auch Bern ZP 198; Jaeger, Art. 82, N. 3; a. M. die frühere bernische Praxis; vergl. ZBJV XXIX, 406, A VII, 2. Allerdings genügt nicht schon die blosse Bestreitung der Echtheit einer Urkunde seitens des Betriebenen zur Abweisung des Rechtsöffnungsgesuches. Derselbe muss vielmehr gewisse äussere Umstände glaubhaft machen, welche einen Schluss auf die Unechtheit ermöglichen, worauf dann allerdings der Rechtsöffnungskläger den Echtheitsbeweis anzutreten hat; vergl. in diesem Sinne auch A X, 40, 41 (Bern).

[21]) Vergl. ZBJV XXXI, 116, XL, 592 (Bern).



IV. Die Einwendungen gegen das Rechtsöffnungsgesuch.

Wie bei der definitiven Rechtsöffnung, so ist auch hier zu unterscheiden zwischen Einwendungen, welche sich auf das prozessuale Verfahren der Rechtsöffnung beziehen (Prozesseinreden), und solchen, welche sich gegen die Erteilung der Rechtsöffnung selbst richten.[22])

1. Die Prozesseinreden sind denjenigen im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung durchaus konform. Sie beziehen sich also lediglich auf die Prozessvoraussetzungen des Verfahrens (vergl. § 26, V, Ziff. 1 hievor).

2. Betreffend die Einwendungen gegen die Erteilung der Rechtsöffnung als solcher stellt B 82, Al. 2 den Grundsatz auf, dass der Richter die Rechtsöffnung zuzusprechen habe, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht.[23])

a. Der Inhalt der Einwendungen muss derart sein, dass dadurch die Schuldanerkennung entkräftet wird. Dies kann nach drei Richtungen hin geschehen:

aa. Der Betriebene kann das gültige Zustandekommen der Schuldanerkennung bestreiten, indem er Tatsachen geltend macht, welche nach gesetzlicher Vorschrift geeignet waren, dasselbe zu verhindern. Hieher gehören die Mängel der gültigen Vornahme des Rechtsgeschäftes,[24]) wie mangelnde Handlungsfähigkeit[25]) oder mangelnde Vollmacht, Zwang, Irrtum, Betrug (OR 18 ff.),[26]) Simulation (OR 16),[27])

---

[22]) Einwendungen gegen die Gültigkeit des vorausgegangenen Betreibungsverfahrens, speziell des Zahlungsbefehles, sind schlechtweg ausgeschlossen, weil sich eine Entscheidung hierüber der Kompetenz des Richters entzieht; vergl. ZBJV XXXV, 256 (Bern); vergl. § 26, Note 41.

[23]) Es kann sich also lediglich um Zusprechung oder Abweisung des Rechtsöffnungsgesuches, niemals aber um eine Hinausschiebung seiner Beurteilung handeln. Infolgedessen sind dilatorische Einreden ausgeschlossen; vergl. auch ZBJV XLIII, 349 (Bern). ebenso auch Zwischengesuche; vergl. ZBJV XLI, 450 (Bern).

[24]) Vergl. Jaeger, Art. 82, N. 10; Reichel, Art. 82, N. 12.

[25]) Vergl. ZBJV XXV, 257 (Bern), Monatsblätter I, 142 (St. Gallen).

[26]) Vgl. ZBJV XXIX, 386, XXXI, 120 (Bern), BlHE IX, 70 (Zürich).

[27]) Vergl. A I, 40, ZBJV XXXIX, 228 (Bern).

Unsittlichkeit (OR 17),[28]) Spiel (OR 512),[29]) ferner der Einwand des mangelnden neuen Vermögens, sofern sich das Rechtsöffnungsgesuch auf einen Konkursverlustschein gemäss B 265, Al. 2 stützt (vergl. Note 10a hievor).

bb. Es können aber auch solche Tatsachen geltend gemacht werden, welche eine an sich gültig zustande gekommene Schuldanerkennung für den Betriebenen als betreibungsrechtlich unwirksam erscheinen lassen, bezw. ihre Eintreibung sistieren. Hieher gehört der Einwand der Nichterfüllung einer Bedingung, sowie derjenige der nichterfolgten Gegenleistung bei zweiseitigen Abmachungen (vergl. oben II, Ziff. 2, lit. b), sowie die Einrede der Stundung.

cc. Endlich kann es sich um Tatsachen handeln, welche eine gültig zustande gekommene, an sich für den Schuldner verbindliche Schuldanerkennung nachträglich aufheben. Dies betrifft die Einreden der Tilgung und Verjährung.[30])

b. Die Art des Nachweises dieser Einwendungen wird in B 82, Al. 2 nach zwei Seiten hin näher umschrieben:

aa. Die Einwendungen sind glaubhaft zu machen.[31]) Die Glaubhaftmachung unterscheidet sich von der eigentlichen Beweisführung namentlich durch ihren beweistechnischen Erfolg. Sie soll dem Richter nicht die absolute Ueberzeugung von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptung verschaffen, sondern ihm nur den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit geben, welche immerhin noch die Möglichkeit des Gegenteils zulässt.[32]) Die Glaubhaftmachung wird an Stelle des strikten Beweises verlangt, weil es sich im Stadium der provisorischen Rechtsöffnung

---

[28]) Vergl. ZBJV XXIX, 402 (Bern).

[29]) Vergl. A I, 29 (St. Gallen).

[30]) Vergl. ZBJV XXIX, 397 (Bern).

[31]) Der französische Text gibt dies in nicht ganz zutreffender Weise mit «justifier», der italienische mit «giustificare» wieder; vergl. Martin, p. 70.

[32]) Vergl. darüber Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 2. Aufl., S. 472; Wetzell: System des ordentl. Zivilprozesses, 3. Aufl., § 29; Reichel: Fragen aus dem eidgen. Betreibungs- und Konkursgesetz, ZBJV XXVII, 14 ff., speziell 18; ferner ZBJV XXXI, 116, 118 (Bern).

noch gar nicht darum handelt, über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung zu entscheiden. Dies ist vielmehr die Aufgabe des eventuell nachfolgenden Aberkennungsprozesses (vergl. unten VI). Hieraus erwächst für den Betriebenen in gewissem Sinne eine Begünstigung, indem er nicht genötigt ist, den eigentlichen Beweis anzutreten.[33]) Andererseits liegt aber darin eine gewisse Beschränkung des Betriebenen in seinem Beweisrechte. Da nämlich mit Rücksicht auf den nachträglichen möglichen Aberkennungsprozess eine Präjudizierung der Frage nach Bestand oder Nichtbestand der Forderung vermieden werden soll, so dürfen solche Beweismittel nicht verwendet werden, welche ihrer Natur nach formelle Wahrheit schaffen und damit einen spätern Gegenbeweis ausschliessen würden, wie der Eid.[34])

bb. Die Glaubhaftmachung hat sofort zu erfolgen. Diese Vorschrift ist aufgestellt mit Rücksicht darauf, dass gemäss B 84 das Rechtsöffnungsverfahren in fünf Tagen erledigt werden soll (vergl. § 25, II, Ziff. 2 hievor). Dies übt wiederum indirekt einen Einfluss auf die Verwendbarkeit bestimmter Beweismittel aus. Nicht verwendbar sind nämlich solche Beweismittel, welche nicht sofort produziert werden können, also namentlich der Sachverständigenbeweis, sofern die Experten nach Massgabe des kantonalen Rechtes durch den Richter zu ernennen sind.[35])

V. Die Wirkung der provisorischen Rechtsöffnung.

Der provisorische Charakter dieser Art von Rechtsöffnung zeigt sich in der Wirkung derselben. Diese besteht

[33]) Er braucht deshalb auch den Nachweis nicht mit den in der kantonalen Zivilprozessordnung vorgeschriebenen Beweismitteln zu führen; vergl. ZBJV XLIII, 293. Es findet auch kein Beweisentscheid des Richters statt; vergl. ZBJV XLI, 445 (Bern).

[34]) Vergl. Schmidt a. a. O., S. 472; Jaeger, Art. 82, N. 11; Reichel, Art. 82, N. 13; Brunner, S. 119; ferner A II, 41 (Tessin); Monatsbl. f. bern. Rechtssprechung XIV, 170.

[35]) So in Bern ZP 183; a. M. Reichel, Art. 84, N. 3. Der Zeugenbeweis ist zulässig, sofern die Zeugen gleich in die Verhandlung mitgebracht werden; vergl. ZBJV XXXIV, 349, 351 (Bern).

zwar an und für sich ebenfalls — wie diejenige der definitiven Rechtsöffnung — in einer Beseitigung des Rechtsvorschlages. Aber diese Beseitigung hat nicht, wie dort, die unmittelbare Möglichkeit einer endgültigen Fortsetzung der Betreibung zur Folge. Vielmehr gibt hier der Gesetzgeber dem Betriebenen erst noch Gelegenheit, durch das Mittel der Aberkennungsklage den materiellen Bestand der Forderung gerichtlich überprüfen zu lassen. Wird derselbe vom Gericht verneint, so fällt die Betreibung als solche dahin. Wird er bejaht oder unterlässt es der Betriebene, innerhalb der gesetzlichen Frist die Aberkennungsklage anzustellen, so wird die erteilte Rechtsöffnung eine endgültige. Für die Zwischenzeit, d. h. bis zu dem Moment, in welchem feststeht, dass der Betriebene nicht auf Aberkennung klagt oder in welchem die Klage abgewiesen ist, kann der Gläubiger gestützt auf die erhaltene Rechtsöffnung gewisse Betreibungsmassnahmen verlangen, welche aber rein provisorischen Charakter haben und lediglich auf seine Sicherstellung gerichtet sind.

1. Die vom Gläubiger zu verlangenden Massnahmen sind davon abhängig, welche Betreibungsart in dem betreffenden Fall anwendbar ist. Der Gläubiger, welchem die provisorische Rechtsöffnung erteilt ist, kann nach Ablauf der Zahlungsfrist, je nach der Person des Schuldners die provisorische Pfändung verlangen oder nach Massgabe des Art. 162 die Aufnahme des Güterverzeichnisses beantragen (B 83, Al. 1). Wir haben demnach drei Fälle zu unterscheiden:

a. Handelt es sich um eine Betreibung auf Pfandverwertung, so sieht das Gesetz überhaupt keine provisorischen Massnahmen vor. Solche sind gar nicht nötig, da das bestellte Pfand dem Gläubiger genügende Sicherheit verschafft.[36]) Eine Vornahme irgend welcher Betreibungshandlungen wäre hier aber auch nicht möglich, da dieselben mit Hinblick auf die Natur der Betreibung auf Pfandverwertung nach einmal erlassenem Zahlungsbefehl

---

[36]) Vergl. BE XXIII, 249.

nur in der Verwertung des Pfandes bestehen könnten (vergl. B 152, Ziff. 2), wodurch natürlich die Betreibung immer definitiv erledigt wird.

b. Handelt es sich um eine Betreibung auf Pfändung, so kann der Gläubiger die provisorische Pfändung verlangen.[37]) Er ist aber nicht gezwungen, dies zu tun, sondern kann mit allen betreibungsrechtlichen Vorkehren zuwarten, bis die provisorische Rechtsöffnung gemäss B 83, Al. 3 zur endgültigen geworden ist, worauf er dann definitiv Pfändung begehren kann.

Da das Gesetz über die Stellung des provisorischen Pfändungsbegehrens nichts besonderes vorschreibt, so gelten dafür die Bestimmungen betreffend das Pfändungsbegehren überhaupt (B 88, Al. 1; vergl. § 30, I, Ziff. 1, hienach). Jedoch muss dem Begehren der Rechtsöffnungsentscheid beigelegt werden (Verordnung Nr. 1, Art. 7). Auch die Frist, innerhalb welcher das Pfändungsbegehren gestellt werden kann, ist hier die nämliche wie bei der definitiven Pfändung und beginnt frühestens 20 Tage und endigt spätestens 1 Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls (B 88, Al. 1 und 2).[38]) Ist das Begehren gestellt, so muss gemäss B 89 beim Schuldner gepfändet werden. Der provisorische Charakter dieser Pfändung zeigt sich darin, dass der Gläubiger die Verwertung nicht verlangen kann (B 118).[39])

c. Handelt es sich um eine Betreibung auf Konkurs, so kann der Gläubiger beim Konkursgericht die Aufnahme eines Güterverzeichnisses über alle Vermögens-

---

[37]) Er ist zur Stellung des provisorischen Pfändungsbegehrens auch noch berechtigt, nachdem der Betriebene bereits die Aberkennungsklage erhoben hat; vergl. BE XXIV (1), 26, XXVI (1), 74.

[38]) Diese Frist läuft auch während der Dauer des Aberkennungsprozesses, indem B 88, Al. 2 nur die Klage gemäss B 79 im Auge hat; vergl. Jaeger, Art. 88, N. 10; BE XXIX (1), 73, XXXIII (1), 142; a. M. Reichel, Art. 88, N. 5.

[39]) Dagegen kann er nötigenfalls eine Nachpfändung verlangen, da dies nur die Sicherheit seiner Forderung erhöhen soll; vergl. BE XXXIII (1), 104.

bestandteile des Schuldners gemäss B 162 beantragen.[40]). Dagegen kann er nicht etwa verlangen, dass dem Schuldner gemäss B 159 der Konkurs angedroht wird.[41])

2. Die Dauer und die Wirkung der getroffenen Massnahmen hängen davon ab, ob der Betriebene von seinem Rechte, die Aberkennungsklage anzustellen, rechtzeitig Gebrauch macht oder nicht. Unterlässt er dies oder wird er abgewiesen, so wird die provisorische Rechtsöffnung eine endgültige; desgleichen gegebenenfalls die Pfändung (B 83, Al. 3).[42]) Handelt es sich aber um eine Betreibung auf Konkurs, so kann der Gläubiger nun gemäss B 159 die Konkursandrohung begehren.

Hat der Betriebene die Aberkennungsklage rechtzeitig eingereicht, so bleibt die provisorische Pfändung bestehen, bis zur Urteilsfällung. Lautet das Urteil auf Gutheissung der Klage, so fällt damit die Betreibung und folglich auch jede darin getroffene Massnahme dahin. Wird dagegen die Klage abgewiesen, so tritt die nämliche Lage ein, wie wenn sie gar nicht angehoben worden wäre, d. h. die Rechtsöffnung und desgleichen gegebenenfalls die Pfändung wird eine endgültige (B 83, Al. 3).[43]) Die Wirkungen

[40]) Jaeger, Art. 83, N. 6 nimmt an, dass die Aufnahme des Verzeichnisses nur während eines Jahres seit Zustellung des Zahlungsbefehls, d. h. während der in B 166, Al. 2 vorgesehenen Frist verlangt werden könnte. Ebenso fällt die Massnahme dahin, wenn der Betriebene seinen Rechtsvorschlag zurückzieht, weil damit seine Aberkennungsklage gegenstandslos wird; vergl. BE XXIX (1), 21.

[41]) Wird die Konkursandrohung dennoch vorgenommen, so ist sie ungültig; vergl. BE XXXII (1), 26.

[42]) Die Vollstreckungsbehörden (Betreibungsamt und Aufsichtsbehörde) haben vorläufig und in summarischer Weise zu prüfen, ob die Aberkennungsklage überhaupt und rechtzeitig eingereicht worden ist; vergl. BE XXIII, 171, XXVII (2), 68, XXVIII (1), 93. Diese Überprüfung ist aber eine bloss provisorische. Macht der Betriebene in nicht unglaubwürdiger Weise, entgegen der Ansicht der Vollstreckungsbehörde, geltend, er habe rechtzeitig geklagt, so ist hierüber eine Bescheinigung der kompetenten Gerichtsbehörde einzuholen; vergl. BE XXVIII (1), 66. Hat der Betriebene nur für einen Teil der Forderung Aberkennungsklage erhoben, so wird für den Rest definitiv gepfändet; vergl. BE XXV (1), 116.

[43]) Vergl. Martin, p. 73.

eines Güterverzeichnisses erlöschen in jedem Falle vier Monate nach Anfertigung desselben (B 165, Al. 2).

VI. Die Aberkennungsklage.

Der Betriebene kann binnen zehn Tagen seit der provisorischen Rechtsöffnung auf dem Wege des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen (B 83, Al. 2).

1. Wesen und Zweck der Klage bestehen darin, dass durch die letztere die gerichtliche Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderung, d. h. die Feststellung ihrer Nichtexistenz verlangt wird. Es handelt sich also dabei um eine negative Feststellungsklage materiellrechtlicher Natur (vergl. § 10, II, Ziff. 1 hievor).[44]) Sie geht also nicht etwa auf Beseitigung der erteilten provisorischen Rechtsöffnung.[45]) Die praktische Folgerung hieraus liegt in der Bestimmung des Streitwertes der Aberkennungsklage. Derselbe richtet sich mit Rücksicht auf die materiellrechtliche Natur des Prozesses nach der Höhe der abzuerkennenden Forderung.[46]) Im fernern aber folgt aus der Natur der Aberkennungsklage als materiellrechtlicher Feststellungsklage, dass sie überflüssig wird, wenn der Schuldner schon vor der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung eine Klage angehoben hat, welche darauf tendiert,

[44]) So auch Jaeger, Art. 83, N. 10; Brunner, S. 134; BE XXIII, 151, XXXI (2), 22.

[45]) Anderer Meinung, in direktem Gegensatz zum Wortlaut in B 83, Al. 2 Reichel, Art. 83, N. 4. Wenn der Gesetzgeber im Aberkennungsprozess eine so rein betreibungsrechtliche Frage wie die Beseitigung der Rechtsöffnung hätte behandeln lassen wollen, so hätte er dies nicht nur ausdrücklich gesagt, sondern er hätte auch, dem von ihm gewählten System gemäss, den Streit nicht in das ordentliche Zivilprozessverfahren verwiesen. Die Behandlung der Frage im Aberkennungsprozess hätte übrigens keinen praktischen Zweck; denn, wird die Klage zugesprochen, so fällt, mangels eines Substrates, die ganze Betreibung dahin.

[46]) Ebenso BE XXIX (2), 90. Die Rechtsöffnungskosten können in der Aberkennungsklage nicht zurückgefordert werden; vergl. ZBJV XXXVIII, 69 (Bern).

die Forderung als nicht zu Recht bestehend erklären zu lassen.[47])

Aktiv legitimiert zur Anhebung der Klage ist immer der Betriebene, gegenüber welchem die Rechtsöffnung erteilt wurde, bezw. seine Rechtsnachfolger, sofern gegen dieselben die Betreibung fortgesetzt werden kann (vergl. § 15, III, Ziff. 4 hievor).[48]) Passiv legitimiert ist der Gläubiger, sowie seine Rechtsnachfolger.

Die Verteilung der Beweislast geschieht, wie bei der negativen Feststellungsklage überhaupt, in der Weise, dass vom Kläger nicht ein direkter Beweis des Nichtbestehens der Forderung gefordert wird, sondern dass der Beklagte das positive Bestehen derselben zu beweisen hat. Der auf Aberkennung klagende Schuldner bestreitet einfach lediglich den Bestand der Forderung und überlässt es dem Gläubiger, den letztern darzutun.[49]) Will er jedoch seine Bestreitung der Forderung auf besondere Liberationsgründe, wie Tilgung, Stundung, Nichterfüllung

---

[47]) Ebenso BE XXII, 58; ZBJV XLII, 504 (Bern). Dagegen kann der Betriebene, welcher die Frist zur Anerhebung der Aberkennungsklage versäumte, die letztere nicht etwa durch eine gewöhnliche Feststellungsklage ersetzen. Eine solche würde namentlich keine Hemmung der Betreibung gemäss B 83, Al. 1 zur Folge haben, sondern es müsste gemäss B 82, Al. 3 verfahren werden; BE XXVII (2), 68, XXXII (2), 48.

[48]) Vergl. über die Legitimation des Kollektivgesellschafters zur Anhebung einer Aberkennungsklage für die Gesellschaft BE XXVIII (1), 93.

[49]) Über den Grundsatz im allgemeinen vergl. Schmidt, a. a. O., S. 478; speziell für unsern Fall BE XXIII, 151. Dieses Urteil weist darauf hin, dass es sich lediglich um eine Vertauschung der Parteirollen gemäss gesetzlicher Vorschrift handelt, welche an dem vom Gläubiger und Schuldner eingenommenen Rechtsstandpunkt und deshalb auch an ihrer Beweisverpflichtung nichts ändert. Die umgekehrte Verteilung der Beweislast nahmen früher die bern. Gerichte vor; vergl. im Monatsbl. f. bern. Rechtssprechung XIV, 127, 142; jedoch haben sie sich in neuerer Zeit der Anschauungsweise des Bundesgerichtes anbequemt; vergl. ZBJV XXXV, 637. Gestützt hierauf kann im Aberkennungsprozess logischerweise auch keine Widerklage zugelassen werden; vergl. ZBJV XXXIX, 397.

von Bedingungen etc. stützen, so fällt ihm dafür die Beweislast auf.[50])

2. Die Anhebung der Aberkennungsklage wird vom Gesetz einer zeitlichen Beschränkung unterworfen. Sie hat binnen zehn Tagen seit der Rechtsöffnung zu erfolgen (B 83, Al. 2). Diese Frist stellt eine gesetzliche Befristung dar. Das Klagerecht dauert nur solange, wie die Frist selbst (vergl. § 18, I, Ziff. 4 hievor). Die Einhaltung der letztern bildet deshalb eine Prozessvoraussetzung und ist von Amtes wegen zu prüfen.[51])

Der Beginn der Frist fällt mit der Erteilung der Rechtsöffnung zusammen, d. h. mit demjenigen Moment, in welchem der Rechtsöffnungsentscheid rechtskräftig geworden ist, was da, wo das kantonale Recht in Rechtsöffnungssachen eine Appellation oder Weiterziehung zulässt, erst mit dem oberinstanzlichen Entscheid, bezw. mit dem unbenützten Ablauf der Weiterziehungsfrist, eintritt (vergl. § 25, III, Ziff. 3 hievor, speziell Note 15).[52])

Die Berechnung der Frist geschieht nach den vom Gesetz über die Fristberechnung im allgemeinen aufgestellten Grundsätzen, speziell B 31 (vergl. § 18, III hievor).[53])

3. Das Verfahren ist der ordentliche Zivilprozessweg, wie ihn das kantonale Recht vorsieht (vergl. § 11, II,

---

[50]) Ebenso Martin, p. 72 und BE XXVIII (2), 67, worin darauf hingewiesen wird, dass eben die vom Gläubiger produzierte Schuldanerkennung regelmässig einen Beweis, bezw. eine Vermutung für das Bestehen der Schuld begründet, welche der Schuldner durch Geltendmachung und Nachweis bestimmter Entkräftungstatsachen widerlegen muss. Über den Fall, wo die Rechtsöffnung auf Grund eines Verlustscheins erteilt wurde, vergl. Leemann, a. a. O., S. 27 ff. und BE XXVI (2), 62.

[51]) Ebenso BE XXIII, 171.

[52]) Und zwar ist dabei immer die Eröffnung des Entscheides massgebend; vergl. ZBJV XLI, 420 (Bern).

[53]) Vergl. auch BE XXV (1), 61. Eine Unterbrechung der Frist durch kantonale Gerichtsferien findet nicht statt; vergl. BE XXIII, 171.

Ziff. 1 hievor.)[54]) Es gelten also für die Anbringung der Klage, die Verteidigung, die Parteiverhandlungen und die Beweisführung die Vorschriften der betreffenden kantonalen Zivilprozessordnungen.

Einen Eingriff in die kantonalrechtliche Regelung des Verfahrens macht der Gesetzgeber nur insofern, als er in B 83, Al. 2 den Gerichtsstand selber bestimmt und als solchen das Gericht des Betreibungsortes bezeichnet. Eine eigentliche Aberkennungsklage kann also nur hier angestellt werden.[55])

4. Betreffend die Wirkung der Aberkennungsklage für das Betreibungsverfahren vergl. oben V, Ziff. 2.

Vierter Unterabschnitt.

§ 28.

Der Einfluss materiellrechtlicher Verhältnisse auf die Schuldbetreibung.

I. Begriff und Arten.

Die Schuldbetreibung verfolgt den Zweck, bestehende Ansprüche auf Geldzahlung und Sicherheitsleistung zu vollstrecken. Wenn dabei auch den Vollstreckungsorganen keinerlei Kognition über die materielle Begründetheit dieser Ansprüche eingeräumt wird, und die letztere bei der Anhebung des Verfahrens überhaupt keine Rolle spielt, so dient die Schuldbetreibung als Rechtsschutzinstitution an sich doch lediglich nur der Verwirklichung des materiellen Rechtes. Zeigt es sich deshalb im Laufe des Verfahrens oder nach Abschluss desselben, dass der in Betreibung ge-

[54]) Es muss aber vom kantonalen Recht immer eine eigentliche Klageerhebung angeordnet werden. Irgend eine andere Rechtsvorkehr, z. B. ein Rechtsbott nach appenzellischem Recht, ist nicht zulässig; vergl. BE XXVI (1), 56.

[55]) Dieses Forum gilt aber nur für die eigentliche Aberkennungsklage. Eine gewöhnliche negative Feststellungsklage (vergl. oben Ziff. 1) muss immer am ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten angehoben werden; vergl. BE XXXII (1), 11.

setzte Anspruch gar nie bestand, oder nicht mehr besteht, oder aber aus materiellrechtlichen Gründen einstweilen nicht geltend gemacht werden soll, so muss hierauf auch in betreibungsrechtlicher Beziehung Rücksicht genommen werden.

In gewissem Sinne wird diesem Prinzip schon durch das Institut des Rechtsvorschlages Rechnung getragen. Da der letztere aber an bestimmte zeitliche und formelle Beschränkungen gebunden ist, so reicht er nicht aus, um eine absolute Garantie für das Durchdringen des materiellen Rechtes zu bieten. Deshalb sieht das Gesetz in dieser Beziehung noch zwei ausserordentliche Hülfsmittel vor, um dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen: die Einstellung oder Hemmung des Schuldbetreibungsverfahrens auf materiellrechtlicher Grundlage (B 85), sowie die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage (B 86, 187).

II. Die Einstellung oder Hemmung des Schuldbetreibungsverfahrens auf materiellrechtlicher Grundlage.

Ein Schuldner, welcher durch Urkunden beweist, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt oder gestundet ist, kann jederzeit beim Gerichte, im erstern Falle die Aufhebung, im letztern Falle die Einstellung der Betreibung bewirken (B 85).

1. Seiner rechtlichen Natur nach handelt es sich hier um ein rein betreibungsrechtliches Institut, trotzdem die Aufhebung bezw. Einstellung der Betreibung auf materiellrechtliche Ursachen zurückzuführen ist. Die Gerichte haben nicht einen Entscheid in einem zwischen Schuldner und Gläubiger obwaltenden Zivilrechtsstreit über Bestand oder Nichtbestand des Anspruches zu fällen. Sie treffen vielmehr eine rein betreibungsrechtliche Verfügung, welche niemals den Charakter eines zivilrechtlichen Haupturteils besitzt (vergl. § 10, II, Ziff. 2 hievor).

Ein derartiges Einschreiten der Gerichte beim Vorhandensein materiellrechtlicher Erlöschungs- oder Stundungsgründe kann auch nur in den durch B 85 vorgesehenen Fällen und auf dem Wege des dort geregelten Verfahrens

geschehen. Die Gerichte sind nicht befugt, aus andern, z. B. zivilprozessualen Gründen oder in einem andern Verfahren eine definitive oder vorübergehende Aufhebung einer bestehenden Betreibung zu verfügen (vergl. § 10, III, hievor).[1]

2. Die Voraussetzungen eines Vorgehens gemäss B 85 sind dreifacher Natur: betreibungsrechtlich, materiellrechtlich und prozessual.[2]

a. Es muss eine gültige Betreibung vorliegen. Ist sie erloschen, z. B. wegen Nichteinhaltung der Fristen in B 88, Al. 2, 116, Al. 1, 154, Al. 1, 166, so muss die Einleitung eines Verfahrens vom Gerichte verweigert werden, weil ein solches keinen Sinn mehr hätte. Das Bestehen einer Betreibung ist somit vom Gesuchsteller nachzuweisen.

Dagegen kann der Schuldner ein Begehren gemäss B 85 regelmässig in jedem Stadium des Verfahrens bis zur erfolgten Verteilung des Steigerungserlöses stellen.[3] Eine Ausnahme hievon muss lediglich bei der Betreibung auf Konkurs gemacht werden, indem hier ein Vorgehen gemäss B 85 der Natur der Sache nach nur bis zur erfolgten Konkurseröffnung möglich ist. Nach diesem Zeitpunkt handelt es sich nämlich nicht mehr um die Vollstreckung der Forderung desjenigen Gläubigers allein, gegen welchen sich das Begehren zu richten hätte, sondern um die Generalexekution, d. h. um die Vollstreckung aller eingegebenen oder noch einzugebenden Konkursforderungen. Gleich verhält es sich bei der Wechselbetreibung, welche immer auf Konkurs geht.[4]

---

[1] Vorbehalten sind nur die in andern Bestimmungen des B (77 und 107) den Gerichten reservierten Fälle der Einstellung einer Betreibung. Umgekehrt aber kann, wenn die Gründe in B 85 zutreffen, die Aufhebung oder Einstellung nur durch den Richter, nicht aber durch die Vollziehungsbehörden erfolgen; vergl. BE XXX (1), 27.

[2] Die Voraussetzungen sind absoluter Natur. Nur wenn die in B 85 vorgesehenen Requisite zutreffen, kann auch das zugehörige Verfahren stattfinden; vergl. BE XXII, 53.

[3] Ebenso Jaeger, Art. 85, N. 7.

[4] Nur in diesem Umfange kann der Ansicht Jaegers (Art. 85, N. 3) beigestimmt werden, wonach B 85 auf die Wechselbetreibung nicht Anwendung finden soll; vergl. BE XXVII (2), 68.

b. Materiellrechtliche Voraussetzung des Verfahrens ist, dass die in Betreibung liegende Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt oder gestundet ist.

aa. Es muss eine Tilgung oder Stundung vorliegen. Und zwar bestimmt sich ihr Vorhandensein nach den Vorschriften des Zivilrechtes.[5]) Dabei ist es einerlei, ob der Schulder diesen Einwand zum ersten Mal macht, oder ob er ihn bereits einem vom Gläubiger gestellten Rechtsöffnungsbegehren gegenüber erhoben hat und damit abgewiesen wurde. Die Einrede der beurteilten Sache kann aus einer solchen Abweisung nicht hergeleitet werden, da es sich um zwei ihrer Natur nach durchaus verschiedene Verfahren handelt.[6])

Der häufigste Anwendungsfall ist wohl der, dass der Schuldner nach angehobener Betreibung eine Zahlung geleistet hat, von welcher er behauptet, sie decke den Gläubiger für seinen Anspruch, während dieser es bestreitet, z. B. weil er sagt, die gemachte Zahlung sei auf eine andere als die in Betreibung gesetzte Forderung anzurechnen.[7])

bb. Die Schuld samt Zinsen und Kosten muss getilgt oder gestundet sein. Es genügt also zur Aufhebung oder Einstellung der Betreibung nicht eine teilweise Tilgung, bezw. Stundung der Forderung. Es kann sich in

---

[5]) Vergl. über die beiden Begriffe die Ausführungen in § 26, V, Ziff. 2, lit. a hievor. Eine Tilgung ist auch dann anzunehmen, wenn durch eine negative Feststellungsklage — nicht etwa durch die Aberkennungsklage — ein Urteil des Inhaltes erlangt wurde, dass die Schuld nicht zu Recht bestehe; vergl. BE XXVII (2), 68. Dagegen steht der Stundung im Sinne des Gesetzes nicht etwa die mangelnde Fälligkeit des Anspruches gleich; vergl. BE XXXI (1), 84.

[6]) Im Resultat gleich Jaeger, Art. 85, N. 7; ebenso A XI, 38 (Bern); dagegen Heuberger, Art. 85, N. 6 und 7.

[7]) Vergl. Jaeger, Art. 85, N. 5; BE XXIV (1), 23; A IV, 78, 199; SchwJZ III, 26. Hieher gehört auch der Fall, dass der Gläubiger bei der Betreibung auf Sicherheitsleistung eine vom Schuldner angebotene Bürgschaft nicht als genügend anerkennen will; vergl. BE XXXI (1), 84. Es darf demnach in einem derartigen Fall nicht etwa der Betreibungsbeamte über die Einstellung oder Fortführung der Betreibung entscheiden, sondern er muss die Parteien gemäss B 85 vor den Richter weisen.

einem solchen Fall höchstens darum handeln, die in Betreibung gesetzte Forderung definitiv oder zeitweilig zu reduzieren.[8]) Die Betreibung als solche muss weitergehen. Eine Verjährung kann hier — im Gegensatz zu B 81, Al. 1 — der Tilgung nicht gleichgesetzt werden, weil sie eben niemals die Betreibungskosten umfassen würde; dagegen kann B 85 angerufen werden, wenn der Schuldner einen Nachlassvertrag abgeschlossen hat und die Nachlassdividende bezahlt ist.[9])

c. Prozessuale Voraussetzung des Verfahrens ist, dass die Tilgung oder Stundung durch Urkunden bewiesen wird. Nötig ist also immer ein strikter Beweis und nicht etwa blosse Glaubhaftmachung.[10]) Und zwar kommt als ausschliessliches Beweismittel die Urkunde in Betracht, wobei aber mit Bezug auf die Form derselben keinerlei besondere Vorschriften bestehen.[11])

3. Die Legitimation zur Anhebung des Verfahrens wird im Gesetz nur auf der aktiven Seite geregelt, indem in B 85 gesagt wird, der Schuldner könne das Begehren stellen. Ihm müssen aber auch seine Rechtsnachfolger gleichgestellt werden, sofern ihnen gegenüber die Betreibung fortgesetzt werden kann (vergl. § 15, III, Ziff. 4 hievor). Voraussetzung ist dabei in allen Fällen nicht etwa, dass der Gesuchsteller persönlich getilgt habe. Passiv legitimiert ist der Natur der Sache nach der Gläubiger, bezw. seine Rechtsnachfolger.

4. Das Verfahren wird in B 85 nicht näher geregelt, und es untersteht somit der kantonalrechtlichen Normierung. Bundesrechtlich wird nur verlangt, dass dasselbe vor Gericht stattfindet, wobei jedoch die zuständigen

---

[8]) Nur in diesem Umfang kann der Ansicht Reichels, Art. 85, N. 5 beigestimmt werden.

[9]) A. M. A XI, 38 (Bern); richtig dagegen Kritik von Brand, a. a. O.

[10]) Ebenso Jaeger, Art. 85, N. 1; BlHE XII, 251 (Zürich); A XI, 38 (Bern).

[11]) Andere Beweismittel, z. B. Eid, Sachverständige oder Zeugen können nach richtiger Ansicht auch nicht zur Ergänzung eines Urkundenbeweises produziert werden; vergl. SchwJZ IV, 324 (Waadt).

Gerichtsbehörden durch die Kantone zu bezeichnen sind.[12]) Die örtliche Kompetenz dieser Gerichtsbehörden wird im Gesetze nicht bestimmt; es ergibt sich aber aus der Natur der Sache, dass nur der Richter des Betreibungsortes zuständig sein kann, da es sich um eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit handelt (vergl. § 11, I, Ziff. 2 hievor.[13])

In welcher Form das Gesuch zu stellen und das Verfahren durchzuführen ist, schreibt B 85 ebenfalls nicht vor, so dass auch hier kantonale Vorschriften Platz greifen. Da aber das ganze Verfahren der Rechtsöffnung konform ist, da überdies das Beweisverfahren auf den Urkundenbeweis beschränkt wird, so kann es sich auch hier nur um das summarische Verfahren handeln.[14]) Der gefällte Entscheid ist kein Haupturteil; es kann daher gegen denselben weder die zivilrechtliche Berufung noch die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht ergriffen werden (vergl. § 11, III, Ziff. 1 und 2 hievor.[15]) Ebenso kann aus dem nämlichen Grunde gestützt auf eine Verfügung gemäss B 85 nicht etwa in einem spätern Feststellungsprozesse die Einrede der beurteilten Sache erhoben werden.[16])

5. Die Wirkungen des Entscheides sind verschieden, je nachdem sich der Schuldner in seinem Gesuche auf Tilgung oder auf Stundung berief.[17])

Wurde bloss Stundung nachgewiesen, so wird die Betreibung lediglich eingestellt;[18]) handelt es sich dagegen

---

[12]) Regelmässig sind es die Rechtsöffnungsgerichte; vergl. Jaeger, Art. 85, N. 8, sowie Brand und Wasem, S. 91 ff. Jedenfalls können niemals Vollziehungs- oder Aufsichtsbehörden Entscheide gemäss B 85 fällen; vergl. BE XXIX (1), 108.

[13]) Ebenso BE XXV (1), 7; ZBJV XXXIX, 281 (Bern); Jaeger, Art. 85, N. 8.

[14]) Ebenso Jaeger, Art. 85. N. 8; Reichel, Art. 85, N. 2.

[15]) Ebenso BE XXV (1), 17, XXV (2), 25, XXVIII (2), 41.

[16]) Ebenso BE XXV (2), 25.

[17]) Die Wirkungen der Tilgung oder Stundung im Betreibungsverfahren treten nie ipso iure ein, sondern nur gestützt auf richterlichen Entscheid gemäss B 85; vergl. BE XXV (1), 71.

[18]) Die Dauer der Einstellung ist im Entscheid festzusetzen und hemmt keinerlei betreibungsrechtliche Fristen; vergl. Jaeger Art. 85, N. 10.

um Tilgung, so erfolgt die Aufhebung der Betreibung. Die Vollziehungsbehörden sind an diese Wirkungen ohne materielle Ueberprüfung schlechtweg gebunden und dürfen sich über einen derartigen richterlichen Entscheid nur dann hinwegsetzen, wenn entweder der Fall gemäss B 85 gar nicht vorliegt, oder aber die im Gesetz geforderten Voraussetzungen eines solchen Entscheides offenbarerweise fehlen.[19])

III. Die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage.

Wurde der Rechtsvorschlag unterlassen oder durch Rechtsöffnung beseitigt, so kann derjenige, welcher infolge dessen eine Nichtschuld bezahlt hat, innerhalb eines Jahres nach der Zahlung auf dem ordentlichen Prozesswege den bezahlten Betrag zurückfordern (B 86, Al. 1). Die gleiche Rückforderungsklage wird durch B 187 auch für die Wechselbetreibung vorgesehen, für den Fall, dass der Schuldner infolge der Unterlassung oder Nichtbewilligung des Rechtsvorschlages eine Nichtschuld bezahlt hat.

1. Die rechtliche Natur dieses Institutes charakterisiert sich dadurch, dass seine Aeusserungen und Wirkungen nicht während eines hängigen Schuldbetreibungsverfahrens eintreten, sondern erst dann, wenn das letztere nach geschehener Befriedigung des Gläubigers abgeschlossen wurde. Es handelt sich also hier nicht um ein rein betreibungsrechtliches Institut, da ja im Moment seiner Anwendung eine Betreibung als solche gar nicht mehr besteht. Vielmehr stellt es eine materiellrechtliche Rückforderungsklage dar, deren Zusammenhang mit der Schuldbetreibung lediglich in einer betreibungsrechtlichen Voraussetzung beruht. Ihr Zweck besteht darin, ein mit dem materiellen Recht im Widerspruch stehendes Ergebnis der durchgeführten Betreibung aufzuheben.[20]) Sie ist eine Leis-

[19]) Vergl. BE XXVII (1), 46, XXIX (1), 17, XXX (1), 34, XXXI (1), 92.

[20]) In diesem Sinne nennt sie BE XXI, 94 eine in integrum restitutio für den Schulder gegen die Folgen der Unterlassung eines Rechtsvorschlages.



tungsklage auf Rückgabe des im Betreibungsverfahren bezahlten Betrages.[21])

Jedenfalls ist die Rückforderungsklage eine zivilrechtliche Klage. Sie kann deshalb nur in denjenigen Fällen angestellt werden, wo es sich um die Betreibung für eine privatrechtliche Forderung und nicht etwa um eine solche für einen öffentlichrechtlichen Anspruch handelte.[22])

2. Die Voraussetzungen der Rückforderungsklage sind teils betreibungsrechtlicher, teils materiellrechtlicher Natur.

a. In betreibungsrechtlicher Hinsicht wird verlangt, dass in der vorausgegangenen Betreibung der Rechtsvorschlag unterlassen oder durch Rechtsöffnung beseitigt oder endlich — wenn es sich um eine Wechselbetreibung handelt — nicht bewilligt wurde, und dass infolge dieser Umstände bezahlt worden ist (B 86, Al. 1, 187). Nötig ist demnach:

aa. dass die Zahlung in einem Betreibungsverfahren erfolgte. Ob es sich dabei um eine direkte Bezahlung durch den Schuldner handelte oder ob der Gläubiger auf dem Wege der Durchführung der Betreibung, bezw. der Verwertung von Gegenständen des Schuldners

---

[21]) Ihr Gegenstand ist an und für sich der nämliche, welchen die Aberkennungsklage als Feststellungsklage beschlägt. Wenn deshalb der mit der Aberkennungsklage abgewiesene Schuldner die Rückforderungsklage anstellt, so kann ihm der Gläubiger die Einrede der beurteilten Sache entgegenhalten, sofern nicht etwa die Tatsache, auf welche sich die Rückforderung stützt, seit Durchführung des Aberkennungsprozesses eingetreten ist; vergl. BE XXXI (2), 22 und Reichel, Art. 86, N. 5.

[22]) Ebenso A XII, 91; SchwJZ IV, 300. Das kantonale Recht oder die Praxis können aber eine der durch B 86 normierten durchaus analoge Rückforderungsklage verwaltungsprozessualer Natur vorsehen. Es frägt sich sogar, ob die Kantone hiezu nicht bundesrechtlich verpflichtet sind, da B die Betreibung für öffentlichrechtliche Ansprüche denjenigen für zivilrechtliche völlig gleichstellt; vergl. Monatsschrift f. bern. Verwaltungsrecht, Bd. II, Nr. 55, sowie Blumenstein: Die analoge Anwendung des Verfahrens in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen in der bern. Verwaltungsrechtspflege, ibidem S. 145 ff., speziell S. 243 ff.



befriedigt wurde, ist gleichgültig.[23]) Ebenso kommt es nicht darauf an, welche Art der Zwangsvollstreckung stattfand.[24])

bb. Die Zahlung muss erfolgt sein infolge einer Unterlassung oder einer Beseitigung, bezw. einer Nichtbewilligung des Rechtsvorschlages. Es muss also der Betriebene durch die genannten Tatsachen in die Zwangslage versetzt worden sein, den Gläubiger zu befriedigen. Nicht hieher gehört demnach eine Zahlung, welche geleistet wurde, solange der Schuldner noch Rechtsvorschlag erheben konnte oder aber nach erhobenem und nicht beseitigtem Rechtvorschlag oder endlich nach Ablauf der Fristen, innerhalb welcher die Betreibung gemäss B 88, 116, 122, 154, 166, 188 fortgesetzt werden kann.[25])

b. In materiellrechtlicher Hinsicht muss die Zahlung einer Nichtschuld vorliegen. Eine solche ist gegeben, wenn die Schuld zur Zeit der Bezahlung gar nicht oder nicht mehr existierte. Die Rückforderung muss aber nach zivilrechtlicher Vorschrift zulässig sein. Es kann demnach die Klage nicht gehört werden, wenn eine verjährte Schuld bezahlt wurde, oder wenn die Bezahlung erfolgte in Erfüllung einer sittlichen Pflicht, oder endlich umgekehrt in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen (vergl. OR 72, 75).[26])

---

[23]) Ebenso SchwJZ III, 213 (Waadt).

[24]) A. M. Jaeger, Art. 86, N. 5, welcher annimmt, dass wenn der Gläubiger aus der Konkursmasse befriedigt wurde, die Klage ausgeschlossen sei. Aus B 86 selbst geht jedenfalls dieser Grundsatz nicht hervor. Direkt dagegen spricht vielmehr, dass die Rückforderungsklage durch B 187 ausdrücklich auch für den Fall der Wechselbetreibung vorgesehen wird. Hier hätte, wenn man Jaeger beistimmt, die Klage keinen praktischen Wert, da bei dieser Betreibungsart, wenn ein Rechtsvorschlag nicht erhoben oder nicht bewilligt wird, sofort der Konkurs zu eröffnen ist.

[25]) So richtig Reichel, Art. 86, N. 3. Wenn in derartigen Fällen eine Nichtschuld bezahlt wurde, so kann dieselbe nur auf dem Wege der zivilrechtlichen Rückforderungsklage gemäss OR 72 eingeklagt werden.

[26]) Ebenso Jaeger, Art. 86, N. 6; Brunner, a. a. O., S. 139. Es kann auch nicht gemäss B 86 zurückgefordert werden, wenn der Schuldner in einer, gestützt auf einen Konkursverlustschein angehobenen Betreibung ohne Nachweis neuen Vermögens bezahlt hat

Die Bezahlung einer Nichtschuld ist die einzige materiellrechtliche Voraussetzung der betreibungsrechtlichen Rückforderungsklage. In Abweichung von Art. 73 OR wird dieses Rückforderungsrecht von keiner andern Voraussetzung als dem Nachweise der Nichtschuld abhängig gemacht (B 86, Al. 3). Es kann also namentlich nicht der Nachweis eines Irrtums vom Schuldner verlangt werden, da er eben nicht freiwillig bezahlte.

c. Die Beweislast für alle Voraussetzungen der Klage liegt beim Kläger. Er hat darzutun, dass der in B 86, Al. 1, bezw. B 187 umschriebene Tatbestand vorliegt. Über die zulässigen Beweismittel stellt B keine Vorschrift auf, weshalb hier die Bestimmungen des kantonalen Zivilprozessrechtes Platz greifen.

3. Das Ziel der Klage ist die Rückforderung des bezahlten Betrages (B 86, Al. 1). Zurückgefordert kann also alles werden, was der Schuldner infolge des unterlassenen, beseitigten oder nicht bewilligten Rechtsvorschlages an den Gläubiger bezahlen musste. Es kommen somit nicht nur der Betrag der Nichtschuld selbst, sondern auch die dem Gläubiger bezahlten Zinse und Betreibungskosten in Betracht. Die Klage geht auch hierin über die gewöhnliche zivilrechtliche Rückforderungsklage gemäss OR 72 und 73 hinaus, indem nicht nur, wie dort, die Bereicherung zurückgefordert werden kann.[27])

4. Das Verfahren ist der ordentliche Zivilprozessweg, da es sich eben um eine materiellrechtliche Klage handelt (B 86, Al. 1).[28])

---

unrichtig A IV, 120 (St. Gallen). Endlich kann auch nicht gestützt darauf zurückgefordert werden, dass der Betriebene vor Abschluss der Betreibung beim Gericht deponierte; vergl. BE XXVII (1), 79.

[27]) Wie dies Reichel, Art. 86, N. 5 im Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes annimmt; richtig dagegen Brunner, a. a. O., S. 140 und ZBJV XXX, 313 (Bern). Anderseits scheint mir Jaeger, Art. 86, N. 9 zu weit zu gehen, der auch Verzugszinsen zulässt.

[28]) Massgebend ist also das kant. Recht, welches, soweit dadurch nicht die Voraussetzungen der Klage selbst geändert werden, auch spezielle Prozessvorschriften aufstellen kann, wie z. B. die Rechtsversicherungspflicht (Bern ZP, 49, Ziff. 3) oder den Ausschluss der Widerklage; vergl. Monatsbl. f. bern. Rechtssprechung, XI, 65.

Die Legitimation wird in B 86, Al. 1 nur nach der aktiven Seite hin geregelt, indem als Kläger derjenige genannt wird, welcher die Nichtschuld bezahlte, also der Betriebene. Der Natur der Sache nach müssen aber auch mit Rücksicht auf die materiellrechtliche Natur der Klage die Rechtsnachfolger desselben zugelassen werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob gegen sie die Betreibung hätte fortgesetzt werden können oder nicht. Passiv legitimiert sind der Gläubiger und seine Rechtsnachfolger.

Der Gerichtsstand der Klage wird in elektiver Weise bestimmt. Die Rückforderungsklage kann nach der Wahl des Klägers entweder beim Gerichte des Betreibungsortes oder dort angehoben werden, wo der Beklagte seinen ordentlichen Gerichtsstand hat (B 86, Al. 2).[29]) Diese Bestimmung geht auch derjenigen eines allfälligen Gerichtsstandsvertrages vor.[30])

5. In zeitlicher Hinsicht ist das Rückforderungsrecht in der Weise beschränkt, dass innerhalb eines Jahres seit der Zahlung geklagt werden muss. Es handelt sich also hier um eine gesetzliche Befristung und nicht um eine blosse Verjährung (vergl. § 18, I, Ziff. 5, lit. b hievor). Das Klagerecht geht mit Ablauf der Frist unter. Die Einhaltung der letztern muss als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen geprüft werden.[31])

Die Frist beginnt mit der Zahlung, also in dem Moment, wo der Schuldner entweder an den Gläubiger direkt

---

[29]) Dieses Wahlrecht besteht aber nur, sofern betreibungsrechtlich und materiellrechtlich die Voraussetzungen gemäss B 86 gegeben sind; vergl. BE XXVII (1), 79. Als Betreibungsort gemäss B 86, Al. 2 kommt der Ort in Betracht, wo die Betreibung als solche angehoben wurde, also nicht etwa der Arrestort; vergl. BE XXVI (1), 39.

[30]) Am Betreibungsort kann also auch gegenüber einem in Frankreich wohnenden Franzosen geklagt werden; vergl. BE XXI, 94; Jaeger, Art. 86, N. 1.

[31]) Vergl. ZBJV XXXIII, 134 (Bern); A V, 127; SchwJZ IV, 327, sowie Blumenstein: Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten, 1901, S. 71.

oder an das Betreibungsamt leistete, oder wo der Erlös einer Verwertung einkassiert wurde. Der Zeitpunkt der Ablieferung seitens des Amtes an den Gläubiger kommt nicht in Betracht, da nicht diesem die Frist gesetzt ist.

Spezieller Teil.

V. Kapitel.

Die Betreibung auf Pfändung.

§ 29.

Begriff, Voraussetzungen und rechtliche Natur.

I. Der Begriff.

Die Betreibung auf Pfändung stellt eine bestimmte Art der schuldbetreibungsrechtlichen Zwangsvollstreckung dar (vergl. § 16, I, Ziff. 2 hievor). Sie soll die Befriedigung des Gläubigers für die in Betreibung gesetzte Forderung dadurch bewirken, dass bestimmte dem Schuldner gehörende Vermögensstücke amtlich beschlagnahmt (gepfändet) und hierauf nach den im Gesetz vorgesehenen Formen in Geld umgesetzt (verwertet) werden, so dass aus ihrem Erlös der Gläubiger befriedigt werden kann.

1. Das leitende Prinzip besteht also darin, dass der Gläubiger regelmässig nur in Geld (bar) befriedigt wird und nicht etwa durch Zuweisung von Vermögensstücken des Betriebenen (sog. Versilberungsprinzip).[1])

Eine gewisse Ausnahme von dieser Regel bildet nur die Vorschrift, dass gepfändete Geldforderungen des Schuldners, welche keinen Markt- oder Börsenpreis haben, wenn sämtliche pfändende Gläubiger es verlangen, entweder der Gesamtheit der Gläubiger oder einzelnen von ihnen für gemeinschaftliche Rechnung zum Nennwert an Zahlungsstatt angewiesen werden, wobei die betreffenden Gläubiger

[1]) Das Gesetz lehnt also das in einigen frühern kantonalen Vollstreckungsrechten akzeptierte System ab, wonach dem Gläubiger gewisse Vermögensstücke des Schuldners «zugeschätzt» wurden und ihm nach fruchtlosem Ablauf einer kurzen, dem Schuldner gesetzten Auslösungsfrist «heimfielen», d. h. in sein Eigentum übergingen; vergl. Weber und Brüstlein, S. 79 ff.

bis zur Höhe ihrer Forderungen in die Rechte des betriebenen Schuldners eintreten (B 131, Al. 1; vergl. § 35, IV, Ziff. 2 hienach).

2. Das Verfahren dieser Zwangsvollstreckungsart zerfällt in drei verschiedene Stadien: die Pfändung, die Verwertung und die Verteilung.

a. Die Pfändung stellt die Beschlagnahmung der zur Deckung des Gläubigers notwendigen Vermögensstücke des Schuldners dar. Sie erfolgt immer nur auf ausdrückliches Begehren des Gläubigers, wird jedoch, sobald sie einmal verlangt ist, immer rein amtlich und ohne irgendwelche persönliche Einmischung des Gläubigers durchgeführt.

b. Die Verwertung verfolgt den Zweck, die gepfändeten Gegenstände in Geld umzusetzen. Auch sie wird regelmässig auf ausdrückliches Begehren des Gläubigers hin angehoben, jedoch von den amtlichen Organen ausschliesslich durchgeführt.

c. Die Verteilung des Erlöses endlich wird immer von Amtes wegen vorgenommen, sobald das Verwertungsverfahren zu Ende geführt ist. Mit ihr wird die eingeleitete Schuldbetreibung abgeschlossen.

II. Die Voraussetzungen.

Als besondere Art der Zwangsvollstreckung beruht die Betreibung auf Pfändung wesentlich nur auf Voraussetzungen betreibungsrechtlicher Natur. Diese beziehen sich einesteils auf Subjekt und Objekt der Betreibung, andererseits auf das vorausgegangene Verfahren.

1. Subjekt und Objekt der Betreibung (vergl. §§ 14 und 15 hievor) üben auf die Anhebung der Betreibung auf Pfändung insofern einen entscheidenden Einfluss aus, als sie je nach ihren Eigenschaften unter Umständen die Wahl einer andern Zwangsvollstreckungsart bedingen. Damit die Betreibung auf Pfändung erfolgen kann, ist erforderlich:

a. dass der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterliegt, es sei denn, dass die Forderung zu denjenigen gehört, für welche auch gegenüber einem der Konkurs-

betreibung unterliegenden Schuldner die Betreibung auf Pfändung zur erfolgen hat (vergl. § 15, IV, Ziff. 2, lit. b hievor);

b. dass die Forderung nicht pfandversichert ist, also nicht auf dem Wege der Pfandverwertung vollstreckt werden muss (vergl. § 14, III, Ziff. 2, lit. a hievor);

c. dass nicht die Voraussetzungen einer Wechselbetreibung gemäss B 177 vorliegen. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, entscheidet der Betreibungsbeamte (vergl. § 16, II hievor).

2. Mit Bezug auf das Verfahren machen sich die Voraussetzungen der Betreibung auf Pfändung nach zwei Richtungen hin geltend: Es muss ein vollständiges und mit Erfolg durchgeführtes Einleitungsverfahren (vergl. IV. Kapitel hievor) vorliegen,[2]) und es muss vom Berechtigten (Gläubiger) ein ausdrückliches Gesuch um Anhebung der eigentlichen Zwangsvollstreckung gestellt worden sein.

a. Das Einleitungsverfahren gilt dann als mit Erfolg durchgeführt, wenn dem Schuldner ein Zahlungsbefehl zugestellt wurde, ohne dass er dagegen Rechtsvorschlag erhob,[3]) oder wenn ein vom Schuldner erhobener Rechtsvorschlag durch definitive oder provisorische Rechtsöffnung beseitigt wurde (B 80—84; vergl. §§ 26, 27 hievor), oder endlich — nach der Auffassung der Praxis — wenn der Betreibende dem Schuldner gegenüber im ordentlichen Prozess gemäss B 79 ein obsiegliches Urteil erlangte (vergl. § 24, V, Ziff. 1 hievor).[4])

Selbstverständlich gilt ein durchgeführtes Einleitungsverfahren als Voraussetzung der Betreibung auf Pfändung

---

[2]) Das nicht etwa durch eine Nachlasstundung gemäss B 297 gehemmt ist; vergl. A VIII, 97.

[3]) Der Nichterhebung eines Rechtsvorschlages steht ein freiwilliger Rückzug des letztern durch den Schuldner gleich. Ob ein solcher Rückzug vorliegt, entscheidet im Streitfall die Aufsichtsbehörde; vergl. BE XXIX (1), 108.

[4]) Ist ein Rechtsvorschlag nicht erfolgt, so kann die Fortsetzung der Betreibung nur noch gemäss B 85 gehemmt werden, niemals aber durch eine Beschwerde; vergl. A X, 64, sowie § 28, II Ziff. 1 hievor.

nur gegenüber demjenigen Schuldner, gegen welchen es erfolgte, bezw. gegen seine Rechtsnachfolger, soweit dieselben an seiner Stelle zum Verfahren legitimiert sind (vergl. § 15, III, Ziff. 4 hievor).[5]) Ebenso aber kann die Pfändung auch nur hinsichtlich derjenigen Forderung verlangt werden, welche im Einleitungsverfahren das Objekt der Betreibung bildete.[6])

b. Das Begehren um Anhebung der Betreibung auf Pfändung fällt zusammen mit dem Begehren um Einleitung des ersten Stadiums dieser Betreibungsart, der eigentlichen Pfändung. Es muss individuell und ausdrücklich beim Betreibungsamt gestellt werden (vergl. § 30, I hienach).

III. Die rechtliche Natur.

Der Zweck der Betreibung auf Pfändung liegt in der staatlichen Vollstreckung, d. h. in der Befriedigung des betreffenden Gläubigers im Wege der Zwangsexekution. Diesem Endziel des Verfahrens haben denn auch seine einzelnen Stadien zu dienen, und sie sind deshalb lediglich von diesem Standpunkte aus rechtlich zu beurteilen.

Eine Kontroverse ist in der schweizerischen Rechtswissenschaft über die Frage entstanden, ob durch die Pfändung zu Gunsten des Gläubigers ein dingliches Recht (gerichtliches Pfandrecht) entstehe, oder ob es sich dabei

---

[5]) Dies ist auch dann der Fall, wenn das Einleitungsverfahren irrtümlicherweise gegen die unrichtige Person durchgeführt wurde; vergl. BE XXIV (1), 93. Handelte es sich aber lediglich um einen Schreibfehler im Zahlungsbefehl, so kann derselbe einfach nachträglich verbessert werden; vergl. A IV, 128. Durch die Verheiratung der im Einleitungsverfahren betriebenen Schuldnerin geht die Passivlegitimation betr. die Fortsetzung der Betreibung nicht etwa auf den Ehemann über, und zwar auch dann nicht, wenn gemäss dem geltenden ehelichen Güterrecht derselbe für die vorehelichen Schulden seiner Frau haftet. Es muss vielmehr gegen ihn eine neue Betreibung eingeleitet werden; vergl. A V, 39 und Jaeger, Art. 88, N. 6.

[6]) In diesem Sinne auch BE XXX (1), 83.

lediglich um eine amtliche Beschlagnahme von Gegenständen zu Vollstreckungszwecken [7]) handelt.[8])

Was die Stellungnahme des Gesetzgebers zu dieser Streitfrage anbetrifft, so wird dieselbe in B nirgends präzisiert. Dasselbe macht von der ihm durch OR 886 ausdrücklich vorbehaltenen Befugnis, die «gerichtlichen Pfandrechte» näher zu normieren, überhaupt nicht Gebrauch, und die Gesetzgebungsmaterialien lassen eher den Schluss zu, dass dies mit Absicht geschah.[9]) Gewisse positiv-rechtliche

---

[7]) Wie Kohler (Lehrbuch des Konkursrechtes, 1891, S. 99) sich ausdrückt: «Ein rein publizistisches Verhältnis des gepfändeten Vermögens zum Staat.»

[8]) Anhänger der erstern Ansicht (Pfandrechtstheorie) sind: Reichel (Fragen aus dem eidg. Betreibungs- und Konkursgesetz, ZBJV XXVII, S. 14 ff., spez. 31 ff., sowie Kommentar, S. 99 ff.), Zeerleder (Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, ZBJV XXV, S. 167 ff., spez. S. 174), Jaeger, Art. 96, N. 4, Curti (Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung, Diss. Zürich, 1894, S. 36 ff.). Die zweite Ansicht (Beschlagnahmungstheorie) vertreten: Leo Weber (Zur Kritik über das Schuldbetreibuugs- und Konkursgesetz, 1889, S. 11 ff.), Weber und Brüstlein, S. 79 ff. Eine vermittelnde, der französischen Jurisprudenz entnommene, Theorie vertritt Martin, p. 80, welcher ein Vorzugsrecht aller Gläubiger der Pfändungsgruppe zusammen auf die gepfändete Sache nach Art und Weise eines partiellen Konkurses (faillite limitée à une partie de l'actif) annimmt. Diese letztere Theorie (sog. faillite de l'objet) wurde für B schon in der bundesrätlichen Botschaft vom 6. April 1886, S. 59, ausdrücklich abgelehnt.

[9]) Der erste Gesetzesentwurf der Expertenkommission von 1874 sah (in Art. 73) ein Pfandrecht der Gläubiger an den gepfändeten Vermögensstücken vor, ebenso der Entwurf der Kommissionsminderheit von 1875 (Art. 38). Dagegen liess der zweite Kommissionsentwurf diese ausdrückliche Erwähnung eines Pfandrechtes fallen (vergl. Art. 78, sowie die Zitate bei Curti, a. a. O., S. 38). Ihm schloss sich hierin auch der Departementalentwurf und der Entwurf des Bundesrates an, dessen begleitende Botschaft das Pfändungspfandrecht, wie es in den frühern ostschweizerischen Kantonalrechten bestand, wegen seiner juristischen Konstruktion als bedenklich erklärte (Botschaft vom 6. April 1886, S. 39). Gleicher Ansicht war die ständerätliche Kommission, deren Bericht ausführte: «Der Entwurf kennt kein gerichtliches Pfandrecht, welches in die Stelle der ausser Wirksamkeit tretenden kantonalgesetzlichen Pfandrechte einrücken würde. Der Gläubiger erwirbt durch die Pfändung nur ge-

Einrichtungen des Gesetzes sprechen denn auch direkt gegen die Annahme eines dinglichen Rechtes der Gläubiger. Dies betrifft einerseits das Institut der Anschlusspfändung (B 110, 111; vergl. § 32 hienach), welches ausdrücklich bestimmt, dass die sich innerhalb einer gewissen Frist der Pfändung anschliessenden Gläubiger genau die gleichen Rechte auf den Erlös der Gegenstände besitzen, wie der erstpfändende. Andererseits aber erscheint in dieser Hinsicht namentlich die Vorschrift in B 199, Al. 1 ausschlaggebend zu sein, wonach bei Ausbruch eines Konkurses gepfändete Vermögensstücke, deren Verwertung im Zeitpunkte der Konkurseröffnung noch nicht stattgefunden hat, in die Konkursmasse fallen. Diese Bestimmung ist mit der Annahme eines gerichtlichen Pfandrechtes schlechtweg unvereinbar, da sie die konkursrechtliche Geltendmachung eines solchen ausschliesst.

Die betreibungsrechtliche Praxis des Bundesrates hat in Anlehnung an die Gesetzesmaterialien die Annahme eines gerichtlichen Pfandrechtes ausdrücklich abgelehnt.[10]) Das Bundesgericht gebraucht allerdings häufig den Ausdruck «Pfändungspfandrecht», lehnt es aber konsequent ab, die rechtliche Natur desselben näher zu erörtern, indem es feststellt, dass die Bedeutung der Pfändung darin bestehe, «die gepfändete Sache zu Gunsten des pfändenden Gläubigers als Exekutionsobjekt zu verhaften».[11])

Eine praktische Bedeutung käme der Streitfrage lediglich zu, mit Rücksicht auf die Beantwortung der Frage,

---

wisse prozessuale Rechte, die ihn ermächtigen, innerhalb gesetzlicher Fristen und nach gesetzlichen Formen durch Versilberung der Sache Bezahlung zu suchen» (BBl 1886, III, S. 885). Diese Tatsachen schliessen von vornherein die Ansicht aus, dass das gegenwärtige Stillschweigen des Gesetzes über diesen Punkt ein bloss zufälliges sei.

[10]) Vergl. A II, 33, wo gesagt wird: «Die Pfändung besteht im wesentlichen nicht sowohl in der Begründung eines dinglichen Rechtes als in der amtlichen Beschlagnahme (mise sous la main de justice) einer Sache mit der Zweckbestimmung, nach Ablauf einer bestimmten Zeit die Zwangsverwertung daran zu vollziehen».

[11]) Vergl. BE XXIII, 249, XXIV (1), 63, XXV (1), 114, XXXI (1), 68, XXXIII (1), 140; A V, 106, VIII, 2.

welche zivilrechtliche Wirkung die geschehene Pfändung auf die gepfändeten Gegenstände ausübt, da in dieser Hinsicht B bisher keine Bestimmungen enthielt. Diese Lücke im Gesetz wurde nun aber durch ZGBE 60 ausgefüllt, wo ein neues Alinea zu B 96 vorgesehen wird, welches neben den bisher vorgesehenen strafrechtlichen Folgen einer Verfügung über gepfändete Gegenstände auch die zivilrechtlichen Wirkungen derselben normiert (vergl. § 30, IV, Ziff. 2 hienach).[12])

Erster Unterabschnitt.

Die Pfändung.

§ 30.

Das Pfändungsverfahren.

I. Die Einleitung des Verfahrens.

Den Anstoss zur Vornahme der Pfändung gibt immer der betreibende Gläubiger durch Stellung des Pfändungsbegehrens.[1]) Eine ohne ein solches Begehren vorgenommene Pfändung ist gesetzwidrig und muss von Amtes wegen aufgehoben werden.

1. Das Pfändungsbegehren ist eine betreibungsrechtliche Vorkehr ohne irgendwelche materiellrechtlichen Wirkungen.

a. Legitimiert zur Stellung dieses Begehrens ist der-

[12]) Hervorzuheben ist übrigens, dass auch die Anhänger der Pfandrechtstheorie im grossen und ganzen in dieser Hinsicht nicht zu andern Konsequenzen gelangten als diejenigen der Beschlagnahmungstheorie; vergl. Jaeger, Art. 96, N. 4; Reichel, Art. 96, N. 2. Weiter ging nur Curti, a. a. O., S. 40 ff., jedoch ohne in Theorie oder Praxis Anhänger zu finden.

[1]) Das Begehren kann nicht etwa durch einen zu Anfang der Betreibung dem Betreibungsamt erteilten Auftrag ersetzt werden, zur gegebenen Zeit jeweilen die nötigen Massnahmen zur Fortsetzung der Betreibung zu treffen; A V, 91.

jenige Gläubiger, in dessen Namen der Zahlungsbefehl erlassen wurde, bezw. sein Rechtsnachfolger (vergl. § 15, II, Ziff. 3 hievor).

b. Zuständig zur Entgegennahme, bezw. Ausführung des Begehrens ist das Betreibungsamt des zutreffenden Betreibungsortes, also regelmässig dasjenige, welches den Zahlungsbefehl zustellte und das Einleitungsverfahren durchführte, sofern nicht etwa unterdessen der Betreibungsort aus bestimmten Gründen z. B. wegen Wegzuges des Schuldners wechselte (vergl. § 17, V, Ziff. 2 hievor). Die örtliche Zuständigkeit ist durch den angegangenen Beamten von Amtes wegen zu prüfen; und zwar wird dieser Prüfung nicht dadurch präjudiziert, dass die Zuständigkeit bereits anlässlich des Einleitungsverfahrens bejaht wurde.[2])

c) Der Inhalt des Begehrens wird im Gesetze nicht näher präzisiert. Allerdings spricht B 88, Al. 1 ausdrücklich von einem Pfändungsbegehren. Da aber gemäss B 38, Al. 3 der Betreibungsbeamte von Amtes wegen die einzuschlagende Betreibungsart zu bestimmen hat, so genügt es auch, wenn einfach Fortsetzung der Betreibung verlangt wird.[3]) Daneben hat der Gläubiger im Begehren auch noch seine Anordnungen hinsichtlich derjenigen Punkte zu treffen, deren nähere Bestimmung ihm das Gesetz überlässt (Verordnung Nr. 1, Art. 7): Verlangen einer Empfangsbescheinigung für das Fortsetzungsbegehren (B 88, Al. 3), Verzicht auf eine vollständige Abschrift der Pfändungsurkunde (B 113; Tarif 16), Verlangen, dass die zu pfändenden Gegenstände amtlich zu behändigen seien (B 98, Al. 3). Endlich ist hier auch der Ort zur Nennung allfälliger dem Gläubiger bekannter Vermögensstücke des Schuldners, welche Angabe aber für den Betreibungsbeamten bei der Auswahl der zu pfändenden Gegenstände nicht verbindlich ist.

---

[2]) Ebenso Jaeger, Art. 88, N. 6 und A IV, 127. Gegen den Entscheid des Amtes über seine Zuständigkeit kann Beschwerde geführt werden, auch wenn die Kompetenzfrage bereits anlässlich des Einleitungsverfahrens beurteilt wurde.

[3]) Verordnung Nr. 1, Art. 7 bezeichnet denn auch dieses Gesuch in dem dort vorgesehenen Formular als Begehren um Fortsetzung der Betreibung.

d. Die Form des Begehrens ist beim Schweigen des Gesetzes eine durchaus freie. Verordnung Nr. 1, Art. 7 sieht allerdings ein besonderes Formular für das Fortsetzungsbegehren vor. Seine Verwendung ist aber nicht obligatorisch, und es kann das Begehren sowohl schriftlich als mündlich entweder beim zuständigen Betreibungsamt gestellt werden, oder aber es kann zu seiner Vermittlung gegen die Entrichtung der dafür vorgesehenen Gebühr jedes schweizerische Betreibungsamt in Anspruch genommen werden (Verordnung Nr. 1, Art. 1 und 5; vergl. § 22, III hievor).

Belege werden nur gefordert, wenn gegen den Zahlungsbefehl ein Rechtsvorschlag erfolgt war. Dann ist dem Begehren der richterliche Entscheid, wodurch der Rechtsvorschlag beseitigt wurde (Rechtsöffnung), beizulegen nebst einem Ausweis über die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens, falls der Gläubiger dafür Ersatz beanspruchen kann (Verordnung Nr. 1, Art. 7, Al. 5; vergl. § 25, III, Ziff. 4 hievor).[4]) Hat infolge des Rechtsvorschlages der Gläubiger den ordentlichen Zivilprozess gemäss B 79 durchgeführt und ein obsiegliches Urteil erlangt, so kann er nach der Praxis ebenfalls Fortsetzung der Betreibung verlangen (vergl. § 24, V, Ziff. 1 hievor, spez. Note 40). Hiezu muss er natürlich das Urteil vorlegen.[5])

e. Hinsichtlich der äussern Behandlung des Pfändungsbegehrens sieht B 88, Al. 3 vor: «Der Eingang des Pfändungsbegehrens ist dem Gläubiger auf Verlangen gebührenfrei zu bescheinigen».[6]) Ueberdies wird das Begehren im Eingangsregister des Betreibungsamtes eingetragen (Verordnung Nr. 1, Art. 29, Al. 1). Ein Rückzug des ge-

---

[4]) Die in seinen Händen befindliche Ausfertigung des Zahlungsbefehls «kann» der Gläubiger dem Begehren beilegen (Verordnung Nr. 1, Art. 7, Al. 4).

[5]) Verordnung Nr. 1, Art. 7, Al. 6 sieht dabei ausdrücklich vor: «Die Kosten eines ordentlichen Prozessverfahrens sind in der laufenden Betreibung nicht inbegriffen, sondern müssen den Gegenstand einer besondern Betreibung bilden».

[6]) Die Frankaturkosten trägt der Gläubiger; vergl. Verordnung Nr. 1, Art. 11.

stellten Begehrens wird durch das Gesetz nicht ausgeschlossen. Sofern aber zur Zeit des Rückzuges die Pfändung bereits durchgeführt war, betrachtet die Praxis die Betreibung selbst als dahingefallen und lässt ein neues Pfändungsbegehren, auch wenn es binnen der in B 88, Al. 2 vorgesehenen Frist gestellt wurde, nicht zu.[7]) Wird dagegen das Begehren vor der Pfändung zurückgezogen, so kann es später neuerdings gestellt werden.

2. In zeitlicher Beziehung wird das Pfändungsbegehren an eine gesetzliche Befristung gebunden, und zwar handelt es sich dabei um eine sog. Doppelfrist, welche sowohl den Anfangs- als auch den Endpunkt der zulässigen Stellung des Begehrens regelt (vergl. § 18, II, Ziff. 3 hievor). B 88, Al. 1 schreibt darüber vor: «Nach Ablauf der Frist von 20 Tagen seit der Zustellung des Zahlungsbefehls kann der Gläubiger das Pfändungsbegehren stellen. Dieses Recht erlischt mit Ablauf eines Jahres seit der Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist ein Rechtsvorschlag erfolgt, so fällt die Zeit zwischen der Anhebung und der gerichtlichen Erledigung der Klage nicht in Berechnung».[8])

Im übrigen ist die Wirkung dieser Befristung eine absolute: Vor Ablauf der zwanzigtägigen Zahlungsfrist kann ein Pfändungsbegehren nicht gestellt werden.[9]) Nach Ablauf der (eventuell gemäss B 88, Al. 2 ergänzten) Jahresfrist ist die Stellung des Pfändungsbegehrens ausgeschlossen.[10])

---

[7]) Vergl. BE XXVIII (1), 55.

[8]) Diese Vorschrift gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes nur für die Durchführung des Prozesses gemäss B 79, nicht aber für das Rechtsöffnungsverfahren bezw. den Aberkennungsprozess; vergl. § 26, Note 63 und § 27, V, Ziff. 1, spez. Note 38.

[9]) Eine Ausnahme macht die Praxis dann, wenn das Begehren höchstens zwei Tage zu früh einlangt. Dann wird es vom Betreibungsamt entgegengenommen und ins Eingangsregister eingetragen mit Anmerkung des Datums, von welchem an es zulässig ist; vergl. Verordnung Nr. 1, Art. 29, Al. 3.

[10]) Innerhalb dieser Frist müssen deshalb auch allfällige Begehren um Nachpfändung gestellt werden; vergl. BE XXIII, 260, XXV (1), 26.

II. Die äussern Verumständungen des Verfahrens.

Sobald einmal der Gläubiger durch die Stellung des Pfändungsbegehrens seinerseits den Anstoss zur Vornahme der Pfändung gegeben hat, so erfolgt die Durchführung des Verfahrens von Amtes wegen.

1. Vollziehendes Organ ist das Betreibungsamt (B 89). Und zwar ist dasjenige Amt örtlich zuständig, welches auch das Pfändungsbegehren entgegengenommen hat. Eine Vollziehung der Pfändung durch den Betreibungsbeamten persönlich ist dabei nicht unbedingt notwendig. Das kantonale Recht kann vielmehr damit bestimmte Angestellte des Amtes (Betreibungsgehülfen) betrauen (vergl. § 6, IV, Ziff. 2, lit. c. hievor).

Wie alle andern Funktionen kann aber das Betreibungsamt auch die Pfändung nur innerhalb seines eigenen Betreibungskreises vornehmen (vergl. § 6, IV, Ziff. 1 hievor). Befinden sich deshalb die zu pfändenden Gegenstände ausserhalb desselben, so hat das angegangene Amt die Pfändung durch das Betreibungsamt des Ortes, wo die zu pfändenden Gegenstände liegen, vollziehen zu lassen: sog. Pfändung auf dem Requisitionsweg (B 89).[11])

Als pfändendes Amt gilt dabei immer das requirierende, und es sind deshalb allfällige Beschwerden betreffend die Pfändung als solche ihm gegenüber zu erheben, während das requirierte Amt nur dann passiv legitimiert ist, wenn sich die Beschwerde gegen die Art und Weise der Vollziehung der Pfändung richtet (vergl. § 9, III, Ziff. 2 hievor).[12])

Die Frage, wo die zu pfändenden Vermögensstücke liegen, kann nur bei Rechten und Forderungen streitig werden. Und zwar ist hiebei anzunehmen, dass dieselben

[11]) Die Requisition geschieht durch dasjenige Amt, bei welchem das Betreibungsbegehren gestellt wurde, von Amtes wegen. Der Gläubiger braucht also seinerseits eine solche nicht zu beantragen. Ebensowenig aber kann er direkt beim requirierten Amt ein Gesuch um Vollziehung der Pfändung stellen (BE XXIX (1), 123).

[12]) Das requirierte Amt seinerseits hat auch die Kompetenz des requirierenden Amtes nicht zu prüfen, da ihm hiefür eine Verantwortlichkeit nicht auffällt, vergl. BE XXV (1), 120, A V, 32.

am Wohnsitz des Berechtigten liegen, sofern sie nicht etwa durch eine Urkunde (Inhaberpapier) verkörpert werden, in welchem Falle es eben darauf ankommt, wo das Papier liegt.[13])

Die Vollziehung der Pfändung durch ein örtlich nicht zuständiges oder durch ein nicht gehörig requiriertes Amt muss mit Rücksicht auf die strikte Vorschrift in B 89 als schlechtweg ungültig angesehen werden und ist deshalb von Amtes wegen aufzuheben.[14])

2. In zeitlicher Beziehung setzt B 89 fest, dass die Pfändung innerhalb drei Tagen nach Empfang des Fortsetzungsbegehrens zu vollziehen ist. Diese Frist ist eine blosse Ausführungsfrist, und ihre Einhaltung übt deshalb auf die Gültigkeit der Pfändung keinen Einfluss aus (vergl. § 18, I, Ziff. 1 hievor).

Innerhalb dieser dreitägigen Frist, und zwar spätestens am vorhergehenden Tage, wird die Pfändung dem Schuldner unter Hinweis auf die ihm dabei obliegenden Pflichten angezeigt (B 90). Diese Anzeige hat die Fixierung des Pfändungsortes zur Folge. Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz, nachdem ihm die Pfändung angekündigt wurde, so wird die Betreibung am bisherigen Orte fortgesetzt (B 53; vergl. § 17, V, Ziff. 2 hievor).

3. Die Form der Vornahme einer Pfändung wird im Gesetze nicht näher geregelt. Es werden keinerlei bestimmte Formalitäten vorgeschrieben, welche beobachtet sein müssen, damit die Pfändung eine gültige ist. Aus der Natur der Sache ergibt sich aber, dass bei Mobilien der pfändende Beamte sich an Ort und Stelle von deren Vorhandensein überzeugen und sie unter Vornahme der Schätzung als gepfändet erklären muss (vergl. B. 91, 97).[15]) Bei der

[13]) Ebenso Jaeger, Art. 89, N. 5, sowie BE XXXI (1), 85, XXXII (1), 25.

[14]) Ebenso Jaeger, Art. 89, N. 5. Die Praxis dagegen betrachtet eine derartige Pfändung als bloss anfechtbar und lässt sie konvaleszieren, sofern nicht rechtzeitig dagegen Beschwerde erhoben wurde; vergl. BE XXIV (1), 54, XXIX (1), 123, A V, 87, VIII, 56.

[15]) Die persönliche Konstatierung durch den Beamten kann nicht durch Angaben dritter Personen, z. B. des Gläubigers oder des Schuldners ersetzt werden. Eine derartige Pfändung wäre vielmehr zu annulieren; vergl. BE XXIX (1), 131.

Pfändung von Immobilien, sowie von Rechten des Schuldners ist ein derartiger äusserlicher Vorgang nicht notwendig und, wenigstens für die letztgenannten Vermögensstücke, auch nicht möglich.[16])

Infolge des Fehlens bestimmter Formvorschriften erhellt aus dem Gesetze auch nicht, mit welchem Moment die Pfändung als vollendet anzusehen ist. Die rechtliche Bedeutung einer Fixierung dieses Zeitpunktes liegt im Beginn der Wirkungen der Pfändung. Dieser Beginn kann der Natur der Sache nach kein einheitlicher sein. Es ist vielmehr zu unterscheiden wie folgt: Mit Bezug auf den Gegenstand selbst, sowie gegenüber Gläubiger und Schuldner muss die Pfändung als vollendet angesehen werden, sobald der Beamte die Sache als gepfändet erklärt hat.[17]) Gegenüber dritten Personen dagegen kann die Pfändung ihre Wirkung erst mit dem Momente äussern, in welchem jene in gesetzlicher Weise davon benachrichtigt wurden (vergl. § 32, II hienach).

III. Die Stellung der Parteien zum Verfahren.

An der Vornahme der Pfändung sind regelmässig der Schuldner und der Gläubiger interessiert. Nur ausnahmsweise kommen dabei auch dritte Personen in Betracht.

1. Der Gläubiger gibt durch sein Pfändungsbegehren den Anstoss zur Anhebung des Verfahrens. Ist dies einmal geschehen, so ist seine Tätigkeit dabei beendigt. Er hat weder die Pflicht noch das Recht, sich am Verfahren der Pfändung zu beteiligen; der Schuldner braucht sich seine Anwesenheit, sofern die Pfändung in Räumlichkeiten des Schuldners vorgenommen wird, nicht gefallen zu lassen. Einen indirekten Einfluss auf das Verfahren kann allerdings der Gläubiger dadurch ausüben, dass er dem Betreibungsamt pfändbare Vermögensstücke des

---

[16]) Ebenso Jaeger, Art. 89, N. 4, Reichel, Art. 89, N. 1.

[17]) BE XXIII, 258 verlangt zu dieser Wirkung Eintragung der Gegenstände in der Pfändungsurkunde; ebenso Jaeger, Art. 89, N. 4. Der Wortlaut des Gesetzes rechtfertigt dies nicht; vergl. Reichel, Art. 89, N. 1.

Schuldners nennt. Das Amt ist aber an solche Angaben nicht gebunden, d. h. es kann auch andere Gegenstände des Schuldners pfänden, sofern dieselben zur Deckung der Forderung ausreichen.

In jedem Falle hat der Gläubiger die Kosten des Verfahrens, sowie diejenigen der Aufbewahrung und des Unterhaltes gepfändeter Gegenstände vorzuschiessen (B 105; vergl. § 31, VI, Ziff. 4 hienach).

2. Die Stellung des Schuldners im Verfahren ist der Natur der Sache nach bedeutend aktiver als diejenige des Gläubigers. Es kommen ihm dabei bestimmte Rechte und Pflichten zu.

a. Die Rechte des Schuldners machen sich nach zwei Richtungen hin geltend:

aa. In dem Recht auf Pfändungsankündigung. Dem Schuldner wird die Pfändung spätestens am vorhergehenden Tage unter Hinweis auf die Bestimmung des Art. 91 (enthaltend die Pflichten des Schuldners bei der Pfändung) angekündigt (B 90). Ist der Schuldner nicht handlungsfähig, so erfolgt die Ankündigung an seinen gesetzlichen Vertreter. Die Form der Ankündigung wird im Gesetze selbst nicht geregelt. Die Praxis verlangt jedoch schriftliche Anzeige und hat dafür auch ein besonderes Formular vorgesehen (Verordnung Nr. 1, Art. 13).[18]) Die rechtliche Bedeutung der Pfändungsankündigung ist kontrovers. Die frühere Praxis hat sie als blosse Formvorschrift angesehen und betrachtete daher ihre Unterlassung als der Gültigkeit der Pfändung nicht nachteilig. Von anderer Seite dagegen wird eine ohne Ankündigung vorgenommene Pfändung für nichtig gehalten.[19]) Aus der Stellung der Vorschrift in B 90

---

[18]) Kann der Aufenthaltsort des Schuldners nicht ermittelt werden, so kann auf Begehren des Gläubigers die Pfändungsankündigung durch öffentliche Bekanntmachung geschehen (§ 20, III hievor); vergl. A V, 69. Zuständig hiezu ist das Amt, welches den Zahlungsbefehl erliess.

[19]) Für absolute Nichtigkeit der Pfändung Reichel, Art. 90, N. 2; dagegen A IV, 37, 129 Die bundesgerichtliche Praxis schliesst die Ungültigkeit namentlich aus, wenn der Schuldner trotz Unterlassung der Ankündigung der Pfändung beiwohnte oder seine Inter-

ergibt sich, dass die letztere allerdings an sich nur formelle Bedeutung besitzt, die Gültigkeit der Pfändung demnach durch Unterlassung der Ankündigung nicht beeinflusst wird. Dagegen hat eine solche Unterlassung zur Folge, dass der Schuldner von den ihm in B 91 auferlegten Pflichten entbunden ist. Ebenso zessiert auch die in B 96, Al. 1 vorgesehene Pflicht des Schuldners, solange derselbe nicht auf eine andere authentische Weise, z. B. durch Zustellung der Pfändungsurkunde, von der Pfändung Kenntnis erhielt. Überdies aber kann der Schuldner auf dem Beschwerdeweg eine ohne Ankündigung vorgenommene Pfändung anfechten.[20] Über den Einfluss der Pfändungsankündigung auf die Fixierung des Betreibungsortes vergl oben II, Ziff. 2.

bb. Der Schuldner hat das Recht, der Vornahme der Pfändung persönlich beizuwohnen oder sich dabei vertreten zu lassen (B 91; vergl. unten lit. b).

b. Die Verpflichtungen, welche dem Schuldner im Pfändungsverfahren obliegen, bestehen in folgendem:

aa. Der Schuldner ist bei Straffolge verpflichtet, der Pfändung beizuwohnen oder sich bei derselben vertreten zu lassen (B 91, Al. 1). Hat er einen gesetzlichen Vertreter, welchem die Betreibungsurkunde gemäss B 47, Al. 1 zugestellt wurde, so liegt diesem, trotz Fehlens einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, die Verpflichtung ob. Die Nichtbefolgung der Vorschriften ist in jedem Falle durch das kantonale Strafrecht gemäss B 25, Ziff. 3 als Ungehorsam unter Strafe zu stellen (vergl. § 21, II, Ziff. 1 hievor).[21] Überdies kann in einem solchen Falle natürlich die Pfändung auch in Abwesenheit des Schuldners gültig vorgenommen werden.[22]

---

essen überhaupt nicht geschädigt wurden; vergl. BE XXV (1), 115, XXX (1), 136, A VIII, 87, IX. 44.

[20]) Ebenso Jaeger, Art 90, N. 5.

[21]) Die Strafe besteht regelmässig in Geldbusse oder elektiv in Busse und Gefängnis (vergl. Brand und Wasem, S. 207 ff.).

[22]) Vergl. A II, 49.

bb. Der Schuldner hat, soweit dies zu einer genügenden Pfändung nötig ist, seine Vermögensstücke anzugeben mit Einschluss derjenigen, welche sich nicht in seinem Gewahrsam befinden, sowie seine Forderungen und Rechte gegenüber Dritten (B 91, Al. 1). Es darf aber wohl angenommen werden, dass der Schuldner diese Angaben nur auf ausdrückliches Befragen durch den pfändenden Beamten zu machen hat, was daraus hervorgeht, dass sie B 91, Al. 1 nur verlangt, «soweit dies zu einer genügenden Pfändung nötig ist», wobei es natürlich gemäss B 97, Al. 2 Sache des Beamten ist, zu bestimmen, wie weit dies zutrifft.[23]) Hinsichtlich der gesetzlichen Vertretung des Schuldners in dieser Verpflichtung gilt das oben sub lit. aa Gesagte. Die Folgen eines Zuwiderhandelns gegen diese Vorschrift sind in erster Linie wiederum strafrechtliche. Und zwar handelt es sich auch hier regelmässig um ein blosses Ungehorsamsdelikt. Dasselbe kann aber in Pfändungsbetrug ausarten, wenn der Schuldner Vermögensgegenstände verheimlicht, in der Absicht, die gegen ihn gerichtete Betreibung ganz oder teilweise unwirksam zu machen.[24]) Neben der strafrechtlichen Folge sieht aber B 190, Ziff. 1 auch eine rein betreibungsrechtliche vor, indem dort bestimmt wird, dass der Gläubiger die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung verlangen kann, sofern der Schuldner bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat.

cc. Der Schuldner muss den pfändenden Beamten auch in den Stand setzen, selbst nach pfändbaren Gegenständen zu suchen. Dem Beamten sind deshalb auf Verlangen Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen. Er kann nötigenfalls die Polizeigewalt in Anspruch nehmen (B 91, Al. 2).[25])

---

[23]) Wird aber der Schuldner gefragt, so muss er alle seine Vermögensstücke nennen; vergl. BE XXXII (1), 58, sowie die Kasuistik bei Jaeger, Art. 91, N. 7—12.

[24]) Vergl. Brand und Wasem, S. 207 ff., sowie Reichel, Art. 91, N. 2 und die dort zit. Literatur.

[25]) Die Polizei ist dabei ohne weitere Überprüfung zur Hülfeleistung verpflichtet; vergl. Jaeger, Art. 91, N. 14, sowie BE XXII,

Nach der Fassung der Vorschrift in B 91, Al. 2 ist anzunehmen, dass nicht nur der Schuldner zu einer solchen Öffnung der Räumlichkeiten und Behältnisse verpflichtet ist, sondern jedermann, welcher Gegenstände des Schuldners in Gewahrsam hat, z. B. der Depositar. In analogem Sinne schreibt auch Art. 3, Ziff. 2 der Transportordnung für die schweizerischen Posten vom 3. Dezember 1894 vor: «Zu den kompetenten Gerichts- und Polizeibehörden, gegenüber welchen die Postverwaltung gemäss Art. 9 des Postregalgesetzes die Einsichtnahme oder Auslieferung von Postsendungen, oder die Auskunftserteilung über den Postverkehr zwischen bestimmten Personen verfügen kann, gehören . . . die Betreibungsämter, soweit es sich um Fahrpostsendungen, Geldanweisungen oder um Briefe mit Wertdeklaration handelt, deren Absender oder Empfänger eine Person ist, gegen welche eine Pfändung anbegehrt oder ein Arrestbefehl erlassen ist. Die Beschlagnahmung gewöhnlicher oder rekommandierter Briefe (ohne Wertdeklaration) dagegen kann von den Betreibungsämtern nicht verlangt werden.»

3. Dritte Personen können mit dem Pfändungsverfahren insofern in Berührung kommen, als sich die Pfändung auch auf solche Gegenstände erstrecken kann, welche sich in ihrem Gewahrsam befinden oder an welchen sie Eigentum oder andere dingliche Rechte beanspruchen. Wenn sich der Dritte einer Pfändung solcher Gegenstände widersetzen will, so hat er dies nach der erfolgten Pfändung in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise zu tun (B 106, 109; vergl. § 32 hienach).

IV. Die Äusserungen des Pfändungsverfahrens.

Der Zweck der Pfändung beruht in der amtlichen Beschlagnahmung von Vermögensstücken des Schuldners behufs Befriedigung des Gläubigers.

1. Das Mass der Pfändung richtet sich deshalb nach der Grösse der zu deckenden Forderungen. Es wird nicht

---

165. Der pfändende Beamte seinerseits aber ist für die auf sein Begehren ausgeführten Handlungen der Polizei verantwortlich.

mehr gepfändet, als nötig ist, um die pfändenden Gläubiger für ihre Forderungen samt Zinsen und Kosten zu befriedigen (B 97, Al. 2). Wie weit aber die Pfändung nötig ist, bestimmt der pfändende Beamte. Der Schuldner kann nicht etwa, wenn er findet, die bisher gepfändeten Gegenstände reichen zur Deckung des Gläubigers hin, die Angabe weiterer gemäss Art. 91, Al. 1 einstellen (vergl. oben III, Ziff. 2, lit. b, bb).

Um einen objektiven Masstab für die Bemessung des notwendigen Umfanges der Pfändung zu schaffen, schreibt das Gesetz eine Schätzung der gepfändeten Gegenstände vor, welche überdies auch bei der Verwertung der letzteren in gewissem Sinne als Wertmesser zu dienen hat (vergl. B 126; sowie § 35, III, Ziff. 3, lit. a hienach). Der Beamte schätzt die gepfändeten Gegenstände, nötigenfalls mit Zuziehung von Sachverständigen (B 97, Al. 1).[26]) Auch hiebei steht dem Schuldner und dem Gläubiger eine Einmischung nicht zu. Weder können sie Begehren über die Art und Weise der Schätzung stellen, noch auch die Beiziehung von Sachverständigen verlangen.[27])

Das vom Beamten bestimmte Mass der Pfändung bleibt — wenigstens als untere Grenze — für die ganze Dauer der Betreibung bestehen. Auch wenn der Schuldner Teilzahlungen leistet, kann er nicht verlangen, dass ein Teil der gepfändeten Gegenstände freigegeben werde.[28]) Dagegen kann das Mass der Pfändung im Verlauf des Verfahrens in gewissen Fällen von Amtes wegen oder auf Begehren des Gläubigers erhöht werden, sofern die gepfändeten Gegenstände voraussichtlich oder faktisch zur

---

[26]) Die Schätzung ist immer obligatorisch und muss an Ort und Stelle geschehen, und zwar auch dann, wenn die betreffenden Gegenstände schon früher für andere Gläubiger gepfändet wurden; vergl. BE XXVII (1), 38, dagegen BE XXIX (1), 131.

[27]) Es handelt sich bei der Vornahme der Schätzung immer um eine Frage der Angemessenheit, weshalb im Beschwerdefalle eine Weiterziehung an das Bundesgericht ausgeschlossen ist; vergl. BE XXII, 147. A IV, 17, V, 120, sowie Jaeger, Art. 97, N. 2.

[28]) Ebenso BE XXII, 118, XXIV (1), 91, sowie Jaeger, Art. 97, N. 8; dagegen A III, 45.

Deckung der Forderungen nicht ausreichen (vergl. § 33, II, Ziff. 2, lit. b hienach).

2. Die Behändigung der gepfändeten Gegenstände durch das Betreibungsamt ist nicht überall möglich und auch da, wo sie an sich möglich wäre, nicht immer notwendig. Möglich ist die Beschlagnahmung nur bei beweglichen körperlichen Sachen. Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a. Obligatorisch ist die Beschlagnahmung für Vermögensstücke, welche ihrer Natur nach besonders leicht abhanden kommen und schwer wieder aufzufinden wären: Geld, Banknoten, Inhaberpapiere, Wechsel und andere indossable Papiere, Gold- und Silbersachen und andere Kostbarkeiten werden vom Betreibungsamte in Verwahrung genommen (B 98, Al. 1). Diese Gegenstände sind sogleich der Depositenanstalt zu übergeben (B 9; vergl. § 12, II, Ziff. 1 hievor), wo sie bis zu ihrer Verwertung, bezw. bis zur Verteilung der Barbeträge bleiben.[29])

b. Bei andern beweglichen Sachen steht die Behändigung im Ermessen des Betreibungsbeamten. Sie können einstweilen in den Händen des Schuldners oder eines dritten Besitzers belassen werden gegen die Verpflichtung, sie jederzeit zur Verfügung zu halten (B 98, Al. 2). Wenn es indessen der Betreibungsbeamte für angemessen erachtet, sind auch diese Sachen in amtliche Verwahrung zu nehmen, oder einem Dritten zu übergeben (B 98, Al. 3).[30]) Die Besitznahme durch das Betreibungsamt ist auch dann zulässig, wenn ein Dritter Pfandrecht an der Sache hat. Gelangt dieselbe später nicht zur Verwertung, so wird sie dem Pfandgläubiger zurückgegeben (B 98, Al. 4).[31])

---

[29]) Gepfändete Barbeträge dürfen niemals vor Ablauf der Teilnahmefrist gemäss B 110 verteilt werden; vergl. BE XXIV (1), 97.

[30]) Als solcher Dritter kann auch der pfändende Gläubiger in Betracht kommen; vergl. BE XXVII (1), 117. Der Schuldner kann gegen eine solche Massnahme wegen Unangemessenheit Beschwerde führen, jedoch nur vor den kantonalen Instanzen.

[31]) Man hat aus dieser Bestimmung argumento e contrario ableiten wollen, dass, wenn der dritte Inhaber ein anderes ding-

c. Während, wie soeben gezeigt, dem Schuldner selbst oder einem Drittbesitzer kein Einfluss auf die Behändigung zukommt, so kann der Gläubiger seinerseits jederzeit eine solche verlangen, auch wenn sie nach dem Dafürhalten des Betreibungsbeamten nicht notwendig wäre (B 98, Al. 3).[32])

3. Bei der Pfändung von Forderungen oder Ansprüchen, für welche nicht eine an den Inhaber oder an Ordre lautende Urkunde besteht, tritt an Stelle einer Beschlagnahmung die Sperrung des Anspruches. Es wird dem Schuldner des Betriebenen angezeigt, dass er rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten könne (B 99).[33]) In spezieller Ausführung dieser Vorschrift bestimmt Art. 56 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag: «Ist eine versicherte Sache

---

liches Recht, z. B. Eigentum, an der Sache, beanspruche, eine Behändigung nicht zulässig sei; vergl. BE XXII, 108, 149, A III, 133, 134, XI, 87. Dem widerspricht aber vorerst der Wortlaut in B 98, Al. 2 und 3. Ferner aber ist das pfändende Betreibungsamt gar nicht kompetent, zu prüfen, ob der dingliche Anspruch des Dritten begründet ist oder nicht. Dies ist vielmehr Aufgabe der Gerichte im Wege des Widerspruchsprozesses gemäss B 107, 109. B 98, Al. 4 will überhaupt nur dokumentieren, dass durch die Behändigung als solche das Pfandrecht des Dritten, wenn es wirklich besteht, nicht untergeht. Kommt vielmehr der Gegenstand zur Verwertung, so wird bei der Verteilung des Erlöses dem Anspruch des Dritten Rechnung getragen. Fällt dagegen die Sache aus der Pfändung, so soll sie eben nach B 98, Al. 4 dem Pfandgläubiger und nicht etwa dem Schuldner zurückgegeben werden, damit der erstere sein Pfandrecht nicht verliert.

[32]) Dieses Recht hat jeder Gläubiger, auch bei bloss provisorischer Pfändung (vergl. BE XXXI (1), 121, A XI, 46, 52), und zwar auch dann, wenn ein Dritter Eigentum an der Sache beansprucht; vergl. oben Note 31. Der Schuldner seinerseits kann dieses Recht des Gläubigers nicht dadurch illusorisch machen, dass er durch Deposition einer ausreichenden Geldsumme beim Betreibungsamt für die Erhaltung der Gegenstände Sicherheit leistet, es sei denn, dass er dadurch einfach die in Betreibung liegende Forderung gemäss B 12 tilgen will. In diesem Sinne auch BE XXVII (1), 59, XXIX (1), 55, XXX (1), 32, XXXI (1), 132; vergl. dazu die Kontroverse zwischen Brand und Huber in A VIII, 2 und 63.

[33]) Dabei kann es im einzelnen Falle fraglich sein, wer als Drittschuldner in Betracht kommt; vergl. BE XXV (1), 111, XXXIII

auf dem Wege der Schuldbetreibung gepfändet oder mit Arrest belegt worden, so kann der Versicherer, wenn er hievon rechtzeitig benachrichtigt wird, die Ersatzleistung gültig nur an das Betreibungsamt ausrichten».

Diese Benachrichtigung von Drittschuldnern ist eine vorsorgliche Massnahme rein betreibungsrechtlicher Natur, ohne irgendwelche zivilrechtliche Wirkung auf das Verhältnis zwischen dem Betriebenen und seinem Schuldner.[34]) Bezahlt deshalb der letztere nach erfolgter Anzeige trotzdem an den erstern, so ist die Zahlung diesem gegenüber schlechtweg gültig. Dagegen kann der benachrichtigte Drittschuldner diese Zahlung weder dem Betreibungsbeamten, welcher gemäss B 100 die fällige Forderung einkassiert, noch auch einem etwaigen Ersteigerer der letztern entgegenhalten. Er muss zum zweiten Mal bezahlen und besitzt höchstens eine Bereicherungsklage gegenüber seinem ursprünglichen Gläubiger, dem Betriebenen.[35])

4. Zur Sicherung der Pfändung von Liegenschaften wird die letzere der Amtsstelle angezeigt, welche die Grund- und Hypothekenbücher führt, mit Angabe des Betrages, für welchen die Pfändung erfolgt ist. Die be-

---

(1), 104. Auch der pfändende Gläubiger kann zugleich Drittschuldner sein; vergl. BE XXXII (1), 58, A X, 81. Auf die Natur der gepfändeten Forderung kommt es dabei nicht an; vergl. A IX, 111, XI, 120.

[34]) Vergl. BE XXXI (1), 37. Die Benachrichtigung kann sofort nach geschehener Pfändung erfolgen, und zwar sowohl mündlich als schriftlich; vergl. A III, 135 und Reichel, Art. 99, N. 4. Sie äussert ihre Wirkung, gleichviel ob die vorgenommene Pfändung an sich rechtsbeständig ist oder nicht, und ebenso gleichgültig, ob die Forderung ganz oder teilweise gepfändet wurde, vergl. auch Reichel, Art. 99, N. 6. Diese Wirkung besteht aber lediglich in der Sperrung der Forderung. Eine Verpflichtung des Drittschuldners, dem Betreibungsamt über den Bestand der Forderung Auskunft zu geben, ist nicht vorhanden; vergl. A III, 71 und Reichel, Art. 99, N. 5.

[35]) Irgendwelche Rechte für den betreibenden Gläubiger entstehen aus der Benachrichtigung des Drittschuldners nicht. Er ist namentlich nicht etwa legitimiert, seinerseits gegenüber dem Drittschuldner auf Feststellung der Forderung zu klagen oder Eingaben im Konkurse des Dritten zu machen; vergl. BE XXII, 203, XXVII (1), 19.

nachrichtigte Amtsstelle hat die Pfändung vorzumerken und dem Betreibungsamt darüber eine Bescheinigung auszustellen (B 101). Nach der bisherigen Gesetzgebung war es dabei dem kantonalen Rechte überlassen, an diese Bestimmung besondere Folgen hinsichtlich des Immobiliar- und Grundbuchverkehrs zu knüpfen. Mit Rücksicht auf die Vereinheitlichung des letztern präzisiert nun ZGBE 60 die Vorschrift in B 101 wie folgt: «Die Pfändung eines Grundstückes hat die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung und wird dem Grundbuchführer von dem Betreibungsamt mit Angabe des Betrages, für den die Pfändung erfolgt ist, zum Zwecke der Vormerkung mitgeteilt. Ebenso sind die Teilnahme neuer Gläubiger und der Wegfall der Pfändung mitzuteilen. Die Vormerkung der Pfändung einer Liegenschaft erlischt, wenn binnen zwei Jahren nach der Pfändung das Verwertungsbegehren nicht gestellt wird». [35a])

Die Vormerkung hat für das Zustandekommen der Pfändung keinerlei konstitutive Wirkung, wie auch ihre Löschung am Bestande der Pfändung nichts ändert. Die Massnahme trägt vielmehr rein privatrechtlichen, bezw. grundbuchtechnischen Charakter. [36])

5. Bei der Pfändung von Rechten, an welchen neben dem Betriebenen auch noch dritte Personen beteiligt sind, werden diese letztern benachrichtigt. B 104 schreibt darüber vor: «Wird ein Niessbrauch oder ein Anteil an einer unverteilten Erbschaft, an Gesellschaftsgut oder an einem andern Gemeinschaftsvermögen gepfändet, so zeigt das Betreibungsamt die Pfändung den beteiligten Dritten an». Die — im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte — Rechtsfolge dieser Anzeige kann, analog der in B 99 vorgesehenen, einzig darin bestehen, dass der Betriebene nicht mehr zum Bezuge allfälliger Vorteile aus dem Recht, bezw. zur Ausübung seiner Teilhaberbefugnisse,

---

[35a]) Die Zeitdauer von zwei Jahren wurde gewählt, weil gemäss B 116, Al. 1 während dieser Frist die Verwertung der gepfändeten Liegenschaften verlangt werden kann.

[36]) Vergl. BE XXIX (1), 54, XXXI (1), 64, XXXIII (1), 140.

befugt ist. [37]) Die Anzeige an den eigentlichen Verpflichteten wird dadurch nicht unnötig gemacht.

V. Die Wirkung der Pfändung.

Als betreibungsrechtliches Institut äussert die Pfändung auch nur rein betreibungsrechtliche Wirkungen. Dieselben machen sich geltend gegenüber dem Gläubiger, dem Schuldner und bestimmten Drittpersonen.

1. Der Gläubiger erwirbt durch den Vollzug der Pfändung das Recht, innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fristen die Verwertung der gepfändeten Gegenstände zu verlangen (B 116, Al. 1) und nach erfolgter Verwertung aus dem Erlös befriedigt zu werden (B 144, Al. 4). In diesem Sinne wird der gepfändete Gegenstand dem Gläubiger als Exekutionsobjekt verhaftet, während derselbe umgekehrt keinerlei dingliche Rechte im privatrechtlichen Sinn daran erwirbt (vergl. § 29, III hievor). Dies letztere ist auch gar nicht notwendig, indem die betreibungsrechtlichen Ansprüche des Gläubigers durch die Aeusserungen und Wirkungen des Betreibungsverfahrens selbst genügend geschützt werden (vergl. unten Ziff. 2).

Der Gesetzgeber will übrigens ein ausschliessliches Recht des pfändenden Gläubigers auf die Sache auch im betreibungsrechtlichen Sinn gar nicht schaffen. Dies zeigt sich einerseits darin, dass auch noch später kommende Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen mit gleichem Rang und Recht am Erlös der Sache partizipieren können (vergl. B 110, 111), andererseits aber darin, dass das Recht des pfändenden Gläubigers ohne weiteres dahinfällt, sofern vor geschehener Verwertung der gepfändeten Vermögensstücke über den Schuldner der Konkurs eröffnet wird (vergl. B 199, Al. 1). Endlich aber hat der Gläubiger auch kein Recht darauf, dass alle für ihn gepfändeten Vermögensstücke wirklich verwertet werden. Die Verwertung wird vielmehr eingestellt, sobald der Erlös den Gesamtbetrag der Forderungen erreicht, für welche die Pfändung eine endgültige ist (B 119, Al. 2).

[37]) Zur gültigen Vornahme der Pfändung ist diese Anzeige nicht erforderlich; vergl. A IV, 48.

Umgekehrt aber wird durch die Vollziehung der Pfändung der Exekutionsanspruch des Gläubigers nicht konsumiert. Sofern nämlich, sei es infolge Anschlusses neuer Gläubiger, sei es wegen eines Mindererlöses bei der Verwertung, die gepfändeten Gegenstände nicht oder voraussichtlich nicht zur Deckung des Gläubigers ausreichen, so hat der Betreibungsbeamte von Amtes wegen eine Ergänzung der Pfändung vorzunehmen (vergl. B 110, Al. 1 und 145; vergl. 333, II, Ziff. 2, lit. b hienach).

2. Für den Schuldner bewirkt die Pfändung eine Beschränkung in seiner Verfügungsfreiheit als Eigentümer der gepfändeten Sache. Er verliert allerdings das Eigentumsrecht als solches nicht und trägt bis zur Verwertung der Sache Nutzen und Schaden. Dagegen verbietet ihm das Gesetz gewisse Verfügungen über den Gegenstand und knüpft an die Verbotsübertretung sowohl strafrechtliche als auch zivilrechtliche Folgen.

a. In strafrechtlicher Beziehung schreibt B 96, Al. 1 vor: «Der Schuldner hat sich bei Straffolge jeder vom Betreibungsbeamten nicht bewilligten Verfügung über die gepfändeten Vermögensstücke zu enthalten. Er wird vom pfändenden Beamten hierauf ausdrücklich aufmerksam gemacht». Die Widerhandlung gegen diese Vorschrift stellt das Delikt der sogenannten Pfandunterschlagung dar.[38]) Eine Verfügung über den gepfändeten Gegenstand darf dem Betriebenen nur bewilligt werden, sofern eine solche im Interesse des Pfändungsergebnisses selbst liegt.

b. In zivilrechtlicher Beziehung enthält die gegenwärtige Fassung des Gesetzes keine ausdrückliche Bestimmung. Es ergibt sich aber aus der kategorischen Vorschrift in B 119, dass die gepfändeten Vermögensstücke nach

[38]) Vergl. darüber die Bestimmungen der kant. EG bei Brand und Wasem S. 207 ff. Der Verfügung über die Sache wird dabei regelmässig die Zerstörung, Verheimlichung, Beseitigung, der Verbrauch und das absichtliche Zugrundegehenlassen gleichgestellt; vergl. Bern EG 47. Durch die Leistung eines Ersatzes seitens des Schuldners wird das Delikt nicht beseitigt. Weder B 166, Al. 1, noch B 277 sind also analog anwendbar; vergl. BE XXX (1), 32.

gültiger Stellung des Verwertungsbegehrens verwertet werden müssen, und zwar ohne Rücksicht auf etwaige rechtliche Verfügungen, welche der Schuldner in der Zwischenzeit darüber vorgenommen hat. Das Betreibungsamt hat sich um derartige Verfügungen prinzipiell nicht zu kümmern, sondern die gepfändete Sache in demjenigen rechtlichen Zustand zur Verwertung zu bringen, in welchem sie sich zur Zeit der Pfändung befand. Es darf aber daraus nicht etwa gefolgert werden, dass die vom Schuldner über gepfändete Gegenstände getroffenen Verfügungen schlechtweg nichtig im zivilrechtlichen Sinne sind.[39]) Vielmehr gelten dieselben einfach als nicht geschehen, sofern und soweit sie einer betreibungsrechtlichen Verwertung entgegenstehen würden.[40])

Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur zu machen bei Mobilien, sofern ein gutgläubiger Dritter daran Eigentum oder Pfandrecht erworben hat. Hier muss nämlich in analoger Anwendung von OR 205 und 213 angenommen werden, dass das erworbene Recht unanfechtbar geworden ist.[41])

Die soeben entwickelten Grundsätze werden nun auch durch die in ZGBE 60 vorgesehene Bestimmung (B 96 Al. 2) legislatorisch sanktioniert, indem dort vorgeschrieben wird: «Verfügungen des Schuldners sind ungültig, soweit dadurch die aus der Pfändung den Gläubigern erwachsenen Rechte verletzt werden, unter Vorbehalt der Wirkungen des Besitzerwerbes durch gutgläubige Dritte.» Daraus ergeben sich folgende Resultate:

---

[39]) Nichtigkeit behauptet Curti, Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung, S. 28. Dagegen BE XXXIII (1), 140.

[40]) Verschiedene kantonale Rechte verbieten beim Vorhandensein einer Pfändung die Eintragung von Liegenschaftsverkäufen und Verpfändungen, sowie der Viehverpfändung im Grundbuch; vergl. die Angaben bei Reichel, Art. 36, N. 3 und Jaeger, Art. 36, N. 4, sowie die in § 29, Note 11 hievor zit. Urteile.

[41]) Eine Gleichstellung mit verlorenen und gestohlenen Sachen, wie sie Curti a. a. O., S. 26 vorschlägt, kann ernsthafter Weise nicht in Betracht kommen.

aa. Ist eine gepfändete bewegliche Sache einem gutgläubigen Dritten zu Eigentum übertragen worden, so greift ZGB 714, Al. 2 Platz, welcher vorschreibt: «Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist.»

bb. Wurde eine gepfändete bewegliche Sache einem gutgläubigen Dritten als Faustpfand übergeben, so macht ZGB 884, Al. 2 Regel, wo bestimmt wird: «Der gutgläubige Empfänger der Pfandsache erhält das Pfandrecht, soweit nicht Dritten Rechte aus früherem Besitze zustehen, auch dann, wenn der Verpfänder nicht befugt war, über die Sache zu verfügen.»

cc. Hat aber der Dritte von der geschehenen Pfändung gewusst oder wissen müssen, so ist, sofern die Sache überhaupt noch beigebracht werden kann, die Verwertung ohne Rücksicht auf die geschehene Veräusserung oder Verpfändung vorzunehmen.

dd. Mit Bezug auf Liegenschaften legt nun B 101 (ZGBE 60) der Pfändung die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung bei (vergl. oben IV, Ziff. 4). Es kommt demnach hier ZGB 960 zur Anwendung, d. h. diese Verfügungsbeschränkung wird im Grundbuch vorgemerkt und erhält dadurch Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht, so dass hier von einem gutgläubigen Erwerbe nach geschehener Pfändung a priori nicht gesprochen werden kann.

3. Drittpersonen gegenüber ist die Wirkung der Pfändung verschieden, je nachdem dieselben bloss obligatorische oder aber dingliche Ansprüche auf die gepfändete Sache erheben. Die Ansprüche ersterer Art hindern den Fortgang des Verfahrens nicht, da sie nicht mit der Sache als solcher im Zusammenhang stehen. Beim Vorhandensein dinglicher Ansprüche dagegen muss dem Dritten Gelegenheit gegeben werden, sein Recht im Wege des Widerspruchsverfahrens gemäss B 106—109 geltend zu machen (vergl. § 32 hienach).

VI. Die Verurkundung der Pfändung.

Über jede Pfändung wird eine mit der Unterschrift des vollziehenden Beamten oder Angestellten zu versehende Urkunde (Pfändungsurkunde) aufgenommen (B 112, Al. 1). Sie hat den Vorgang und den Umfang der Pfändung authentisch festzustellen.

1. Der Inhalt der Pfändungsurkunde setzt sich aus folgenden Bestandteilen zusammen:

a. Angabe der äussern Verumständungen: Gläubiger und Schuldner, Betrag der Forderung, sowie Tag und Stunde der Pfändung (B 112, Al. 1);[42])

b. Angabe der gepfändeten Vermögensstücke samt deren Schätzung, sowie gegebenen Falles die Ansprüche Dritter (B 112, Al. 1)[43]). Werden Gegenstände gepfändet, auf welche bereits ein Arrest gelegt ist, so wird die Teilnahme des Arrestgläubigers an der Pfändung (B 281) vorgemerkt (B 112, Al. 2).

c. Ist nicht genügendes oder gar kein pfändbares Vermögen vorhanden, so wird dieser Umstand in der Pfändungsurkunde festgestellt (B 112, Al. 3).

d. Eine Ergänzung der Urkunde endlich findet statt im Falle einer nachfolgenden Anschlusspfändung (vergl. § 33 hienach). Die Teilnahme neuer Gläubiger an einer Pfändung und die Ergänzung derselben werden auf der Pfändungsurkunde vorgemerkt (B 114, Al. 1).

2. Die Form der Pfändungsurkunde wird im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt; dagegen sieht Verordnung Nr. 1, Art. 14 dafür ein eigenes Formular vor. Dasselbe zerfällt in die betreibungsrechtlichen Angaben, das Inventar der gepfändeten Gegenstände und die Kostenrechnung.[44]) Die Pfändungsurkunde ist mit der Unterschrift des Betreibungsbeamten zu versehen.

---

[42]) Die letztere Angabe dient zur Feststellung des Beginns der Pfändungswirkung. Ihr Fehlen macht die Pfändung nicht ungültig; vergl. BE XXXI (1), 24.

[43]) Bei der Pfändung von Forderungen sind auch allfällige Feststellungen über Wert und Rechtsbeständigkeit anzumerken; vergl. A II, 49.

[44]) Die Gebühren werden geregelt durch Tarif 13 f.



3. Die Ausfertigung der Pfändungsurkunde geschieht in der Weise, dass sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner binnen drei Tagen nach der Pfändung eine Abschrift zugestellt wird (B 113). Zur Vermeidung der Kosten können aber beide Parteien auf diese Abschrift verzichten[45]). Ist kein pfändbares Vermögen vorhanden, so erhält der Schuldner überhaupt keine Abschrift (Tarif 16, Al. 3 und 4). Eine Ergänzung der Abschriften wird notwendig im Falle einer Anschlusspfändung gemäss B 110, 111. Der Gläubiger, welcher als Teilnehmer hinzutritt, erhält eine Abschrift der ganzen Pfändungsurkunde, die andern Gläubiger und der Schuldner erhalten je eine Abschrift des Nachtrages (B 114, Al. 2).[46])

4. Die rechtliche Natur der Pfändungsurkunde äussert sich nach verschiedenen Richtungen hin:

a. Mit Bezug auf das Betreibungsverfahren stellt sie die authentische Feststellung der geschehenen Pfändung dar. Sie muss als einzig zulässiges Beweismittel für diesen Vorgang betrachtet werden, und zwar besitzt sie als betreibungsamtliches Protokoll die in B 8, Al. 3 vorgesehene Beweiskraft (vergl. § 7, II hievor).

In diesem Sinne bildet die Pfändungsurkunde auch den Ausgangspunkt für die Fortsetzung des Betreibungsverfahrens. Ihre Angaben sind massgebend für die Berechnung der Fristen zur Stellung des Verwertungsbegehrens gemäss B 116.

b. Mit Bezug auf die gepfändeten Gegenstände bildet die Pfändungsurkunde ebenfalls das ausschlaggebende

[45]) Verzichtet der Gläubiger auf eine Abschrift, so wird ihm gleichwohl zu seiner Legitimation eine summarische Abschrift zugestellt, welche nur die auf das Betreibungsverfahren bezüglichen Angaben enthält, während an Stelle des Inventars der gepfändeten Gegenstände nur deren Gesamtschatzungswert vermerkt wird (Verordnung Nr. 1, Art. 15, Al. 2). Die in B 113 vorgesehene Zustellungsfrist besitzt in jedem Falle blossen Ordnungscharakter; vergl. BE XXIII, 258, XXXI (1), 24, A XI, 58.

[46]) Diese Abschrift wird erst nach Ablauf der Teilnahmefrist zugestellt, und es werden darauf die durch die Anschlusspfändung veränderten Daten für das Verwertungsbegehren angemerkt (Verordnung Nr. 1, Art. 15, Al. 1).

Feststellungsmittel. Alle diejenigen und nur diejenigen Gegenstände können als gepfändet angesehen werden, welche in der Urkunde als solche angegeben sind. Nur mit Bezug auf sie tritt die in B 96 vorgesehene Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Schuldners ein, und nur sie unterliegen der Verwertung. Endlich aber sind die Angaben der Pfändungsurkunde massgebend für die Bestimmung der Höhe der gemäss B 97, Al. 1 aufgestellten amtlichen Schatzung, was namentlich für die Versteigerung von Belang ist (vergl. B 126 Al. 1).

c. Spezielle Wirkungen legt endlich das Gesetz der Pfändungsurkunde bei, wenn kein oder kein genügendes pfändbares Vermögen des Schuldners gefunden wurde.

aa. War kein pfändbares Vermögen vorhanden, so bildet die Pfändungsurkunde den Verlustschein im Sinne des Art. 149 (B 115, Al. 1; vergl. § 37, V hienach)[47]).

bb. War nach der Schätzung des Beamten nicht genügendes Vermögen vorhanden, so dient die Pfändungsurkunde dem Gläubiger als provisorischer Verlustschein und äussert als solcher die in den Art. 271, 285 bezeichneten Rechtswirkungen (B 115, Al. 2; vergl. § 37, V, Ziffer 1 hiernach). Der Unterschied gegenüber dem sub lit. aa genannten Fall besteht hier darin, dass noch gar nicht feststeht, ob überhaupt und namentlich in welchem Betrag der Gläubiger ungedeckt bleibt. Der hier ausgestellte Verlustschein ist deshalb seinem ganzen Wesen und seinen Wirkungen nach bloss provisorisch. Die Wirkungen desselben bestehen einerseits in der Schaffung eines Arrestgrundes, andererseits in der Begründung der Legitimation zur Anfechtungsklage.[48])

---

[47]) Ein besonderer Verlustschein gemäss B 149 ist deshalb nicht auszustellen; vergl. BE XXVIII (1), 13.

[48]) Eine Publikation des provisorischen Verlustscheines im Amtsblatt, wie sie seinerzeit eine luzernische Verordnung vorsah, stellt ein bundesrechtswidriges Zwangsmittel gegenüber dem Betriebenen dar; vergl. BE XXVI (1), 40.

§ 31.
Der Gegenstand der Pfändung.
I. Allgemeine Uebersicht.

Der Gegenstand der Pfändung bestimmt sich einerseits nach den Bedürfnissen des Betreibungsverfahrens, andererseits nach gewissen Grundsätzen sozialwirtschaftlicher Natur, welche zum Schutze des Schuldners aufgestellt sind.

1. Die Beschaffenheit des Gegenstandes wird durch zwei Umstände bedingt:

a. Die Pfändung bezweckt die vermögensrechtliche Befriedigung des Gläubigers. Daher kann sie auch nur solche Gegenstände ergreifen, welche einen realisierbaren Vermögenswert besitzen. Geht einer Sache dieses Merkmal ab, so würde ihre Pfändung den gesetzlich vorgesehenen Zweck nicht erfüllen, weshalb die Pfändbarkeit als solche ausgeschlossen ist. Dies trifft in erster Linie zu bei Gegenständen, welche ihrer Natur nach höchstens für bestimmte Personen einen intellektuellen Wert haben: Diplome, Mitgliedschaftsurkunden, Kopier- und Geschäftsbücher, Briefe, Familienbilder etc.[1]) Ferner aber gehören hierher — unbekümmert um einen ihnen innewohnenden Vermögenswert — höchstpersönliche Rechte und Ansprüche, welche der Natur der Sache nach nur in der Person des Betriebenen existent werden und nur von ihm geltend gemacht werden können, wie z. B. Namensrechte, gewisse persönliche Servituten, das Recht des Erben auf Antretung der Erbschaft etc.[2])

[1]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 91, N. 1; Meier: Die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich, 1907, S. 134; Brüstlein im Journal des trib. 1892, p. 226. Anders natürlich verhält es sich, wenn solche Gegenstände durch ihr Alter oder sonstige Verumständungen einen historischen oder künstlerischen Wert besitzen, welcher ihre Veräusserung ermöglicht.

[2]) Vergl. Jaeger, Art. 91, N. 1; Meier, S. 136 ff; Reichel: Gibt es ausser den in Art. 92 B aufgeführten Kompetenzstücken noch andere Vermögensstücke, welche aus zivilrechtlichen Gründen unpfändbar sind? ZschwR NF XIII, S. 55 ff. Dabei geht es aber nicht an, eine absolute Grenze zu ziehen. Es muss vielmehr in jedem einzelnen Falle geprüft werden, ob die betreffenden Sachen

b. Da die Pfändung eine Exekution gegenüber dem Schuldner bezweckt, so können nur solche Gegenstände gepfändet werden, welche zu seinem Vermögen gehören. Sachen, welche zweifellos im Eigentum eines Dritten stehen und zu welchen der Schuldner keinerlei Beziehungen hat, können daher nicht Gegenstand der Pfändung bilden.[3]) Sprechen aber bestimmte Indizien für das Eigentumsrecht des Schuldners, so hindert ein Anspruch des Dritten die Pfändung nicht (vergl. § 32, I hienach).

2. Ausnahmen vom Grundsatz der Pfändbarkeit lassen sich nach zwei Richtungen hin konstatieren:

a. Mit Rücksicht auf ihre speziellen Beziehungen zum Betriebenen, oder aber auf besondere an ihnen bestehende Rechtsverhältnisse werden gewisse Gegenstände als völlig unpfändbar erklärt und können somit regelmässig nicht Gegenstand der Pfändung sein (vergl. unten II).

b. Bei andern Gegenständen verfügt der Gesetzgeber zwar keinen Ausschluss, wohl aber eine Beschränkung der Pfändbarkeit, welche entweder in sachlicher oder aber in zeitlicher Beziehung wirkt (vergl. unten III und IV).

3. Eine bestimmte Reihenfolge der Pfändung für die einzelnen Vermögensstücke des Schuldners sieht das Gesetz in dem Sinne vor, dass, solange Sachen einer frühern Kategorie vorhanden sind, diejenigen einer spätern regelmässig nicht gepfändet werden sollen (vergl. unten IV).

II. Der vollständige Ausschluss der Pfändbarkeit.

Die Bestimmung, wonach gewisse Vermögensstücke des Schuldners von der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen sein sollen, ist ein uralter Rechtsgrundsatz, der sich in den meisten Rechtsordnungen findet.[4])

---

veräusserungsfähig und daher pfändbar sind. Nach diesem Grundsatz geht denn auch die Praxis vor; vergl. BE XXIV (1), 72, sowie die im Generalregister zu BE XX—XXX, S. 412 und 413 zit. Kasuistik.

[3]) Ebenso A IX, 11,106.

[4]) Vergl. die historischen Ausführungen bei Meier, S. 7 ff.

1. Der Rechtsgrund der vollständigen Unpfändbarkeit liegt immer in einer besondern Gesetzesvorschrift. Dieselbe kann aber ihrer rechtlichen Natur nach verschiedenartig sein:

a. Einen direkten Ausschluss der Pfändbarkeit begründen nur betreibungsrechtliche Vorschriften. Sie sind lediglich mit Rücksicht auf das Zwangsvollstreckungsverfahren, zum Schutze des Schuldners geschaffen. Die von ihnen betroffenen Gegenstände sind die sog. Kompetenzstücke (B 92; vergl. unten Ziff. 2).

b. Neben diesem direkten Ausschluss von der Pfändbarkeit gibt es auch noch einen indirekten, welcher darin besteht, dass durch bestimmte — nicht betreibungsrechtliche — Gesetzesvorschriften entweder der Übergang gewisser Sachen von einem bestimmten Inhaber an dritte Personen ausgeschlossen wird, oder aber dass dadurch diejenigen Massnahmen, welche eine Pfändung notwendigerweise voraussetzt, verboten werden, so dass im einen wie im andern Fall die Pfändung, oder wenigstens ihre Wirkung, faktisch verhindert wird. Wenn nun auch weder B 92 noch andere Vorschriften dieses Gesetzes auf solche Fälle Bezug nehmen, so ist ihre Wirksamkeit dennoch nicht ausgeschlossen.[5]) Als solche Gesetzesbestimmungen kommen in Betracht:

aa. Zivilrechtliche Vorschriften, welche eine Veräusserung des Gegenstandes bezw. seinen Uebergang an Dritte ausschliessen. Hierher gehört vor allem im künftigen Recht ZGB 354, Al. 3, wo vorgeschrieben wird: «Die Zwangsvollstreckung gegen die Heimstätte und ihre Zugehör ist unter Vorbehalt der Zwangsverwaltung ausge-

---

[5]) BE XXIII, 58, XXX (1), 23 kleiden diesen Grundsatz in die Ausdrucksweise, B 92 enthalte keine erschöpfende Aufzählung der unpfändbaren Objekte; ebenso Reichel, a. a. O. ZschwR NF, XIII, S. 55 ff; Meier, S. 134. Der Ausdruck ist nicht genau, da, wie oben gezeigt wurde, hier keine direkte Unpfändbarkeit in Frage steht, sondern nur bestimmte vom Betreibungsverfahren unabhängige Umstände, welche indirekt die Vornahme der Pfändung verhindern.

schlossen.[6])» Ferner bestimmt Art. 80 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag hinsichtlich der Versicherungsansprüche aus Personenversicherungen: «Sind der Ehegatte oder die Nachkommen des Versicherungsnehmers Begünstigte, so unterliegt, vorbehältlich allfälliger Pfandrechte, weder der Versicherungsanspruch des Begünstigten noch derjenige des Versicherungsnehmers der Zwangsvollstreckung zu Gunsten der Gläubiger des Versicherungsnehmers». Jedenfalls aber muss angenommen werden, dass eine derartige indirekte Einwirkung des Zivilrechtes auf die Pfändbarkeit einer Sache nur da stattfinden kann, wo dies in den betreffenden Vorschriften ausdrücklich gesagt wird.[7])

bb. Ob auch öffentlichrechtliche Vorschriften des kantonalen Rechtes die Pfändbarkeit einer Sache indirekt ausschliessen, ist kontrovers. Die frühere Praxis wollte dies schlechtweg verneinen.[8]) Die neuere dagegen nimmt mit Recht an, dass es Fälle geben kann, wo das kantonale öffentliche Recht auf die Pfändbarkeit indirekt einwirkt.[9])

---

[6]) Für die Befriedigung der Heimstättengläubiger sieht ZGB 356 ein besonderes, von B unabhängiges Liquidationsverfahren (Zwangsverwaltung) vor.

[7]) Ganz allgemein will Reichel, a. a. O. ZschwR NF, XIII, S. 60 ff. auch das Dotalgrundstück, sowie Gegenstände des Kindesvermögens hieher rechnen, woran ein gesetzlicher elterlicher Niessbrauch besteht. ZGB deutet nirgends einen derartigen Vorbehalt an. Gegen Reichel vergl. namentlich Jaeger, Art. 92, N. 1, Brüstlein in A III, 82, Meier, S. 137. Zu weit geht Reichel jedenfalls auch, wenn er eine vertraglich festgesetzte Unpfändbarkeit, abgesehen von OR 521 als zulässig erklärt.

[8]) Vergl. A I, 39. VII, 104.

[9]) Vergl. BE XXX (1), 23, wo darauf hingewiesen wird, dass durch die kantonalen Vorschriften über die Friedhofpolizei die Pfändung von Grabsteinen verhindert werden kann. Ebenso kann das kantonale Recht indirekt die Pfändung der von ihm verliehenen Konzessionen verhindern, indem es bestimmt, dass eine verliehene Konzession entweder gar nicht oder aber nur mit ausdrücklicher Bewilligung der Verleihungsbehörde an Dritte übergehen kann; vergl. Bern, Gesetz vom 26. Mai 1907 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Art. 15. Hinsichtlich der Wirtschaftspatente vergl. BE XXV (1), 60. Dagegen kommen natürlich ausländische Ge-

Eine derartige Einwirkung auf internationaler Grundlage enthält Art. 23 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Okt. 1890, indem dort vorgeschrieben wird: «Aus den internationalen Transporten herrührende Forderungen der Eisenbahnen untereinander können, wenn die schuldnerische Eisenbahn einem andern Staate angehört, als die forderungsberechtigte Eisenbahn, nicht mit Arrest belegt oder gepfändet werden, ausser in dem Falle, wenn der Arrest oder die Pfändung auf Grund einer Entscheidung der Gerichte des Staates erfolgt, dem die forderungsberechtigte Eisenbahn angehört. In gleicher Weise kann das rollende Material der Eisenbahnen, mit Einschluss sämtlicher beweglicher, der betreffenden Eisenbahn gehörender Gegenstände, welche sich in diesem Material vorfinden, in dem Gebiete eines andern Staates, als desjenigen, welchem die betreffende Eisenbahn angehört, weder mit Arrest belegt, noch gepfändet werden, ausser in dem Falle, wenn der Arrest oder die Pfändung auf Grund einer Entscheidung der Gerichte des Staates erfolgt, dem die betreffende Eisenbahn angehört.»

2. Die eigentlichen Kompetenzstücke werden in B 92 abschliessend aufgezählt. Dem Zwecke nach, welchen ihre Schaffung verfolgt, können drei Gruppen derselben unterschieden werden: Die aus sozialen und wirtschaftlichen Gründen geschaffenen, die militärischen, so wie diejenigen, welche im Hinblick auf die rechtliche Natur bestimmter Vermögensstücke vorgesehen werden.

a. Aus sozialen und wirtschaftlichen Gründen hat der Gesetzgeber die Unpfändbarkeit solcher Sachen verfügt, durch deren Wegnahme entweder die physische Existenz des Schuldners gefährdet oder sein wirtschaftliches Fortkommen in Frage gestellt würde. Diese Exemption von der Pfändbarkeit besteht lediglich zum Schutze

setzesvorschriften überhaupt nicht in Betracht; vergl. BE XXIV (1), 72. Ebenso sind nicht hierher zu zählen Pfändungsbeschränkungen betreffend die Schuldbetreibung gegen Gemeinden, da diese Betreibung, soweit das kantonale Recht Vorschriften darüber aufstellt, durch B nicht berührt wird (B 30 Ziff. 3; vergl. § 14, II, Ziff. 1 hievor, sowie Meier, S. 138 ff.)

des wirtschaftlich schwachen Schuldners. Der Gesetzgeber darf nicht zulassen, dass der Schuldner zu Grunde geht, nur damit der Gläubiger für seine Forderung gedeckt wird. Es würde dies einer gesunden Volkswirtschaftspolitik widersprechen und auch dem Gläubiger ebensoviel schaden wie nützen.[10]) Dieser Schutz der Person des Schuldners macht sich nach verschiedenen Richtungen hin geltend:

aa. Unpfändbar sind die dem Schuldner und seiner Familie für zwei Monate notwendigen Nahrungs- und Feuerungsmittel (B 92, Ziff. 5). Als Familie des Schuldners ist dabei der Inbegriff derjenigen Personen zu betrachten, welche bis jetzt mit ihm zusammenwohnten und von ihm ernährt wurden. Das Vorhandensein einer familienrechtlichen Unterhaltspflicht ist nicht notwendig.[11])

Streitig ist dagegen, ob dieses Recht bloss dann besteht, wenn die Gegenstände in natura vorhanden sind, oder ob eventuell dem Schuldner ein entsprechender Geldbetrag zu belassen ist. Das letztere wird wohl mit Rücksicht auf die Natur dieses Kompetenzstückes zu bejahen sein.[12]) Jedenfalls aber können diese Nahrungsmittel auch aus den Früchten von gepfändeten und durch das Betreibungsamt verwalteten Liegenschaften des Schuldners genommen werden (B 103, Al. 2).

bb. Aus den oben erwähnten Gründen sind ferner unpfändbar nach der Wahl des Schuldners eine Milchkuh, drei Ziegen oder drei Schafe, nebst dem zum Unterhalt und zur Streu auf einen Monat erforderlichen Futter und Stroh, sofern die Tiere für die Ernährung des Schuldners und seiner Familie

[10]) Vergl. auch Reichel a. a. O. ZschwR., NF, S. 55 ff; Conrad: Pfändungsbeschränkungen zum Schutze des schwachen Schuldners, 1906.

[11]) Ebenso Reichel, Art. 91, N. 5; Jaeger, Art. 91, N. 2; BE XXVII (1), 14. Dagegen kann der Schuldner diese Kompetenzstücke nur für solche Angehörige beanspruchen, welche nicht selber ihren Lebensunterhalt verdienen; vergl. BE XXVII (1), 98. Ob er es auch für Dienstboten tun kann, kommt auf die Verumständungen des einzelnen Falles an; vergl. BE XXVIII (1), 62, Meier, S. 80.

[12]) Ebenso Reichel, Art. 91, N. 9, Jaeger, Art. 91, N. 12; A IV, 12, 38.

unentbehrlich sind (B 92, Ziff. 4). Die Kompetenzqualität dieser Objekte unterscheidet sich von derjenigen der sub lit. aa genannten Gegenstände dadurch, dass sie nicht, wie jene, eine absolute ist, d. h. die Tiere werden dem Schuldner nicht unter allen Umständen gelassen, sondern nur, wenn sie für die Ernährung seiner Familie unentbehrlich sind. Dies setzt voraus, dass sie schon bisher eine der hauptsächlichsten Nahrungsquellen des Schuldners bildeten.[13])

Ferner aber folgt daraus, dass — im Gegensatz zu lit. aa — hier nicht an Stelle fehlender Stücke ein entsprechender Geldbetrag tritt.

cc. Den Ernährungsmitteln sind gleichgestellt die zur persönlichen Lebensführung notwendigen Gegenstände, nämlich die dem Schuldner und seiner Familie zum notwendigen persönlichen Gebrauche dienenden Kleider, Effekten und Betten, sowie die religiösen Erbauungsbücher und Kultusgegenstände (B 92, Ziff. 1). Die — wohl mit Absicht gewählte — etwas unbestimmte Form lässt eine weitgehende Berücksichtigung des Einzelfalles zu. Massgebend ist dabei, was der Schuldner nach den Verhältnissen der Gegend, in welcher er lebt, seiner Beschäftigungsweise, seiner Konstitution, sowie nach der Zusammensetzung seiner Familie zur Lebensführung notwendigerweise bedarf, nicht etwa, was er bisher zu haben gewohnt war, oder was er nach seinen bisherigen sozialen Verhältnissen beanspruchen konnte.[14])

dd. Aus den nämlichen Erwägungen werden im fernern als unpfändbar erklärt das unentbehrliche Kochgeschirr und die notwendigsten Hausgeräte (B 92, Ziff. 2). Das Merkmal der Notwendigkeit bestimmt sich dabei nach dem, was nach allgemeinen Lebensbedürfnissen

---

[13]) Ebenso Jaeger, Art. 92, N. 11; Meier, S. 106; A I, 10, 11, III, 96. Das Wahlrecht des Schuldners bezieht sich nicht auf verschiedene vorhandene Tiere der gleichen Gattung; vergl. BE XXXI (1), 34.

[14]) Vergl. die Aufzählung der einzelnen Gegenstände bei Jaeger, Art. 92, N. 3—6, Reichel, Art. 92, N. 5, Meier, S. 102 ff. sowie die bei diesen angegebene Judikatur; ferner Register zu BE XX-XXX, S. 414.

und Gebrauch zur ordnungsgemässen Führung des Haushaltes erforderlich ist.[15])

ee. Der Gesetzgeber will aber dem Betriebenen nicht nur seine momentane Existenz fristen helfen, er nimmt vielmehr auch auf die Ermöglichung seines weitern Fortkommens Rücksicht. Als unpfändbar werden deshalb erklärt die dem Schuldner und seiner Familie zur Ausübung ihres Berufes notwendigen Werkzeuge, Gerätschaften, Instrumente und Bücher (B 92, Ziff 3). Die hier genannten Begriffsbezeichnungen sind in jedem Falle strikte zu interpretieren. Niemals sind also hierher zu rechnen Tiere, Rohstoffe, Betriebskapital, Modell- und Patentrechte etc., auch wenn ihre Verwertungsart der im Gesetz erwähnten entsprechen würde.[16])

Die genannten Gegenstände müssen zur Ausübung eines Berufes dienen. Es muss sich demnach um eine persönliche, individuelle Beschäftigung auf wissenschaftlichem, künstlerischem, gewerblichem, landwirtschaftlichem oder kommerziellem Gebiete handeln. Den Gegensatz hiezu bildet die Unternehmung, welche mit einer eigentlichen Kapitalanlage oder aber mit fremden Arbeitskräften ihre Zwecke verfolgt und erreicht. Es sollen — nach der Ausdrucksweise der Praxis — nur die auf sich selbst und auf ihre erlernten Fähigkeiten angewiesenen wirtschaftlichen Existenzen besonders geschützt werden.[17]) Der Beruf muss im weitern vom Schuldner oder von

[15]) Vergl. A II, 87 und dazu Jaeger, Art. 92. N. 6, Reichel, Art. 92, N. 6, Meier, S. 102 ff, sowie die dort zit. Judikatur.

[16]) Ebenso BE XXII, 121, XXIV (1), 24, 140, XXV (1), 49, 59, 105; Meier, S. 113. Schwieriger ist die Frage hinsichtlich Maschinen und maschineller Anlagen. Die Praxis scheint hier auf das Kriterium abstellen zu wollen, ob es sich um Handbetrieb oder um Betrieb durch motorische Kräfte handelt; vergl. A IV, 90. Richtiger aber ist die Beurteilung von dem Gesichtspunkte aus, ob die fraglichen Maschinen nach dem gegenwärtigen Stande des betreffenden Berufszweiges zu seiner sachgemässen Ausübung notwendig sind oder nicht.

[17]) Vergl. BE XXIII, 133, XXVII (1), 98, sowie Jaeger, Art. 92, N. 8 und Meier, S. 107 ff., sowie die bei beiden zit. umfangreiche Judikatur.



seiner Familie ausgeübt werden, und die Hülfsmittel müssen von ihnen selber, also nicht etwa von ihren Angestellten, Arbeitern oder andern Hülfskräften gebraucht werden.[18]) Endlich aber muss die Ausübung zur Zeit der Pfändung wirklich stattfinden,[19]) und dem Schuldner und seiner Familie als bestimmungsgemässe und notwendige Erwerbsquelle dienen.[20])

b. Nicht aus sozialen, sondern aus militärisch-politischen Gründen werden als unpfändbar erklärt die Bekleidungs-, Ausrüstungs- und Bewaffnungsgegenstände, das Dienstpferd und der Sold eines Wehrmanns (B 92, Ziff. 6). Der Gesetzgeber bezweckt damit in erster Linie die Erhaltung der Kriegsbereitschaft des Wehrmannes; daneben aber auch eine gewisse Begünstigung des letztern.

Als Bekleidungs-, Ausrüstungs- und Bewaffnungsgegenstände sind alle Gegenstände anzusehen, welche der Wehrmann, je nach den militärischen Pflichten, welche ihm obliegen, sowie nach den bestehenden Vorschriften besitzen muss. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Gegenstände Eigentum des Bundes oder des Mannes sind, vom Bund geliefert oder bezahlt, oder vom

---

[18]) Ebenso BE XXV (1), 124. Streitig ist dabei, ob die Witwe oder minderjährige Kinder, die das Gewerbe des verstorbenen Gatten oder Vaters mit einem Gesellen fortsetzen, auf das Privileg Anspruch haben; für Bejahung Jaeger, Art. 92, N. 8, dagegen Meier, S. 114.

[19]) Abgesehen von kürzeren Unterbrechungen aus bestimmten Gründen, wie Krankheit etc.; vergl. BE XXIV (1), 59, XXV (1), 56, 80, XXVIII (1), 62.

[20]) Vergl. BE XXVII (1), 98, XXXI (1), 60. Nach diesem Kriterium ist auch die weitere Frage zu beurteilen, ob dem Schuldner die Utensilien zur Ausübung verschiedener Berufe nebeneinander zu belassen sind, was nicht der Fall ist, wenn es sich bloss um eine Nebenbeschäftigung zur Ausfüllung der freien Zeit handelt; vergl. BE XXVIII (1), 43, sowie Meier, S. 110 ff. und die dort zit. Judikatur. Die Praxis stellt der Ausübung eines Berufes auch seine Erlernung bezw. das Studium mit Rücksicht auf B 92, Ziff. 3 gleich; vergl. A II, 71.

Manne selbst zu beschaffen sind.[21]) In jedem Falle aber besitzen sie die Kompetenzqualität nur so lange, als der Mann dienstpflichtig ist.

Dienstpferd ist dasjenige Pferd, welches der Mann nach gesetzlicher Vorschrift zu halten verpflichtet ist.[22])

Der Begriff Sold ist strikte zu interpretieren. Es ist darunter nur die Löhnung zu verstehen, welche der Wehrmann für seine Dienstleistungen von Bund oder Kanton in bar erhält, nicht aber andere Leistungen, wie Verpflegungs- und Reiseentschädigungen.[23])

c. Mit Rücksicht auf ihre innere rechtliche Natur erklärt B 92 endlich auch gewisse Forderungsansprüche des Schuldners als Kompetenzstücke.

aa. Dazu gehören die gemäss OR 521 als unpfändbar bestellten Leibrenten (B 92, Ziffer 7). Über die Bestellung einer solchen Rente schreibt OR 521 vor: «Wer einem Dritten unentgeltlich eine Leibrente bestellt, kann zugleich bestimmen, dass ihm dieselbe nicht durch Gläubiger auf dem Wege der Betreibung, des Arrestes oder Konkurses entzogen werden darf» Damit also ein derartiger Anspruch Kompetenzqualität besitzt, muss er schlechtweg den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften entsprechen. Dies bezieht sich in erster Linie auf die Form. Gemäss OR 518 bedarf der Leibrentenvertrag zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform.[24]) Der Inhalt

---

[21]) Vergl. darüber Militärorganisation vom 12. April 1907, Art. 87 ff. Eine Aufzählung der einschlägigen Gegenstände — allerdings teilweise auf Grund früherer Spezialvorschriften — gibt Meier, S. 99 ff.

[22]) Also nicht solche Pferde, welche Offiziere und Soldaten freiwillig halten, oder welche nach beendigter Dienstzeit in ihr Eigentum übergehen und nicht mehr zu Dienstzwecken verwendet werden (Militärorganisation, Art. 73 ff.); vergl. dazu Jaeger, Art. 92, N. 14, Reichel, Art. 92, N. 10, Meier, S. 101.

[23]) Vergl. Militärorganisation, Art. 11. Nicht hierher gehören ebenfalls die Besoldungen von Militärbeamten und die Amortisationsquoten für Kavalleriepferde; vergl. A III, 3, sowie Meier, S. 117 ff.

[24]) OR 518 behält aber, sofern es sich um schenkungsweise Rentenbestellung handelt, durch Hinweis auf OR 10, die kantonalen

des Anspruches muss eine Rente im technischen Sinn darstellen, also das Recht auf bestimmte periodische Geldbezüge und nicht etwa die Nutzniessung an einem dem Berechtigten überlassenen Kapital.[25]) Endlich aber muss die Bestellung der Rente unentgeltlich, d. h. ohne rechtliche Verpflichtung und ohne Gegenleistung geschehen,[26]) und es muss ihre Unpfändbarkeit vom Besteller ausdrücklich verordnet werden.[27])

Ist den genannten Voraussetzungen genügt, so müssen nach richtiger Ansicht nicht nur das Recht auf die Rente selbst, sondern auch der Anspruch auf die einzelne Rentenrate, sowie das daraus bezogene Geld, bezw. die dafür angeschafften Gegenstände als unpfändbar betrachtet werden.[28])

bb. Unpfändbar ist ferner die Pension eines Bürgers oder seiner Hinterlassenen, wenn derselbe im eidgenössischen oder kantonalen Militär- oder Polizeidienst verunglückt ist (B 92, Ziff. 8). Es gilt dies also für die staatlichen Pensionsansprüche der Angehörigen der Wehrmacht und der Polizeikorps (wohl mit Inbegriff des Grenzwachkorps), bezw. deren Hinterlassenen, soweit diese Leistungen mit Rücksicht auf die Folgen eines im Dienste erfolgten Unglücksfalles ausgerichtet werden.[29])

Formvorschriften vor. OR 273e (ZGBE 59) verlangt nun auch für das Schenkungsversprechen, soweit es hier in Betracht fällt, lediglich schriftliche Form. Die Rentenbestellung ist aber natürlich auch als letztwillige Verfügung denkbar, wobei dann die hiefür gesetzlich verlangte Verurkundungsform zu wählen ist.

[25]) Ebenso BE XXIII, 270, sowie Meier, S. 119 ff. Eine Ausdehnung der Vorschrift in B 92, Ziff. 7 auf andere unentgeltliche Zuwendungen ist überhaupt ausgeschlossen; vergl. BE XXXIII (1), 102.

[26]) Also nicht etwa zu Vergleichszwecken im Prozessfall.

[27]) Dies braucht nicht im Bestellungsakt selbst, muss aber gleichzeitig geschehen, da sonst der Besteller kein Dispositionsrecht mehr besitzt; vergl. BE XXIII, 128, Meier S. 119.

[28]) In diesem Sinne auch Meier, S. 120 ff., Jaeger, Art. 92, N. 17. Dagegen will die bezogene Rente als pfändbar betrachten: Hafner, Kommentar zum OR Art. 521, N. 2b.

[29]) Sehr weit ziehen den Begriff des Militärdienstes, bezw. der Militärpersonen die Militärorganisation vom 12. April 1907,

cc. Unpfändbar im weitern sind die Unterstützungen von Seite der Hülfs-, Kranken- und Armenkassen, der Sterbefallvereine und ähnlicher Anstalten (B 92, Ziff. 9). Es muss sich dabei vor allem um Unterstützungen handeln, d. h. Leistungen, welche dem Empfänger nicht gestützt auf einen zivilrechtlichen Forderungsanspruch, sondern in wohltätiger Absicht gemacht werden. Ausgeschlossen sind also solche Leistungen, auf welche sich der Betriebene, bezw. für ihn sein Rechtsvorfahr, durch ein Aequivalent, wie z. B. durch Prämienzahlung oder Zulassung von Lohnabzügen, einen Rechtsanspruch sicherte.[30])

Die Unterstützung muss von einer besondern Anstalt bezw. Kasse ausgehen. Dieselbe kann durch Staat oder Gemeinde, oder durch Private gegründet sein.[31]) Kompetenzqualität besitzt dabei die einzelne Unterstützung als solche.[32])

dd. Endlich sind unpfändbar die Pensionen und Kapitalbeträge, welche als Entschädigung für Körperverletzung oder Gesundheitsstörung dem Betroffenen oder, im Falle seines Todes, seiner

---

Art. 21, sowie das Bundesgesetz vom 28. Juni 1901 betr. die Versicherung der Militärpersonen gegen Krankheit und Unfall, Art. 2—4. Das letztgenannte Gesetz schreibt in Art. 15 vor: «Die Leistungen der Militärversicherungen können weder gepfändet, noch mit Arrest belegt, noch in Konkurs gezogen... werden». Dies impliziert eine Ausdehnung der Kompetenzqualität auf Renten, welche nicht für Unglücksfälle, sondern für Krankheiten ausbezahlt werden.

[30]) Dies hat die bundesgerichtliche Praxis angenommen hinsichtlich der Hülfs- und Pensionskassen von Transportanstalten; vergl. A V, 73; a. M. Meier, S. 125 ff. Ganz zweifellos ist dies der Fall bei allen Versicherungspolicen, wie sich auch die betreffende Versicherung nennen mag; vergl. BE XXII, 63, XXXI (1), 127; A V, 93, sowie Jaeger, 92, N. 19 und Meier, S. 127.

[31]) Niemals ist demnach unpfändbar das aus der Staatskasse den Hinterlassenen eines Beamten bezahlte sog. Sterbequartal; vergl. BE XXXII (1), 29, welches lediglich eine Fortsetzung der dem Verstorbenen zukommenden Besoldung darstellt.

[32]) Also nicht z. B. der Anteil am Vermögen eines aufgelösten Sterbefallvereins; vergl. A II, 88.

Familie geschuldet werden, oder ausbezahlt worden sind (B 92, Ziff. 10).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes besitzen Kompetenzqualität nur diejenigen Beträge, welche eine Entschädigung darstellen. Es muss also auf Seite des Schuldenden oder Bezahlenden eine Schadenersatzpflicht vorliegen, sei es infolge einer von ihm begangenen rechtswidrigen Handlung (OR 50 ff) sei es auf Grund der Haftpflicht[33]) oder endlich nach Massgabe der öffentlichrechtlichen Vorschriften über Pensionen- und Entschädigungswesen (vergl. B 92, Ziff. 8, sowie oben sub lit. bb).[34]) Ob dabei die Entschädigung bloss für den nachgewiesenen Schaden oder aber darüber hinaus als sog. Genugtuung (OR 54, Eisenbahnhaftpflichtgesetz, Art. 8) zugesprochen wurde, ist unerheblich.[35])

Unpfändbar sind dabei die bezahlten und geschuldeten Beträge, sofern der Betriebene darauf nach Gesetz entweder als Betroffener oder als Familienglied — nicht etwa als blosser Zessionar — einen Anspruch hat. Die Unpfänd-

---

[33]) Vergl. Bundesgesetz vom 25. Juni 1881 betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb mit Ergänzungsgesetz vom 26. April 1887; Bundesgesetz vom 28. März 1905 betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen und der Post; Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betr. die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen, Art. 27 ff.

[34]) Nicht hierher gehören also Leistungen, welche nicht auf einer Schadenersatzpflicht, sondern auf Vertrag beruhen, wie Lebens- und Unfallsversicherungen; ebenso Reichel, Art. 92, N. 14; dagegen Jaeger, Art. 92, N. 20 und Meier, S. 130 ff. (mit Ausnahme der gewöhnlichen Lebensversicherungen). Die Pfändbarkeit der Lebensversicherungen wird nun in gewissen Fällen ausgeschlossen durch die zivilrechtliche Vorschrift in Art. 80 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag; vergl. darüber oben II, Ziff. 1, lit. b, aa.

[35]) Ebenso BE XXIII, 248. Dagegen zählt die Praxis nicht hierher die zugesprochenen Heilungs-, Pflege- und Prozesskosten; vergl. BE XXII, 60, XXV (1), 73, A XI, 45. Eine solche Einbeziehung muss aber jedenfalls stattfinden gemäss Art. 7 des Fabrikhaftpflichtgesetzes.

barkeit bezieht sich sowohl auf den Anspruch als ganzen, als auch auf einzelne Pensionsquoten und die Zinsen aus solchen Beträgen, als auch endlich auf die aus derartigen Geldern erworbenen Gegenstände, sofern die letztern in irgend einem Zusammenhang mit der geleisteten Entschädigung stehen.[36])

3. Die Feststellung der Kompetenzqualität geschieht durch die Vollstreckungsbehörde.[37]) Der Schuldner kann sie nicht etwa selbst faktisch dadurch vornehmen, dass er die betreffenden Gegenstände bei der Pfändung einfach nicht angibt. Dies würde vielmehr ein Pfändungsdelikt gemäss B 91 darstellen.

Gegen die Verfügungen des Betreibungsamtes hinsichtlich der Kompetenzqualität kann gemäss B 17 ff. Beschwerde geführt werden.[38]) Legitimiert hiezu ist der Betriebene einerseits und der Gläubiger andererseits.[39]) Eine Weiterziehung der Beschwerde an das Bundesgericht kann nur dann stattfinden, wenn sich die Beschwerde gegen eine unrichtige Auslegung der Vorschriften in B 92 richtet,

---

[36]) Vergl. BE XXII, 52, 60, XXIV (1), 62. Nicht hierher gehört dagegen ein allfälliger mit der erhaltenen Kapitalsumme erzielter Konjunkturgewinn oder industrieller Ertrag; vergl. BE XXIII, 253, sowie Meier, S. 132 ff., Jaeger, Art. 92, N. 20.

[37]) Dasselbe ist zu sagen bezüglich der Unpfändbarkeit aus zivilrechtlichen oder aus sonstigen Gründen nicht betreibungsrechtlicher Natur (vergl. oben Ziff. 1, lit. b). Ein Gerichtsurteil, das eine solche Eigenschaft des Gegenstandes feststellt, ist deshalb für den Betreibungsbeamten nicht verbindlich.

[38]) Von sich aus kann der Betreibungsbeamte die einmal vorgenommene Pfändung eines Kompetenzstückes nicht rückgängig machen, da dadurch ein Recht des Gläubigers begründet wurde (vergl. § 9, N. 3 hievor, sowie BE XXIX (1), 24).

[39]) Niemals können die Familienglieder des Schuldners als legitimiert betrachtet werden und zwar auch dann nicht, wenn für die Bestimmung der Kompetenzqualität auf das Bedürfnis der Familie des Schuldners abgestellt wird (B 92, Ziff. 1, 3, 4, 5). Es fehlt ihnen nämlich jede Beziehung zum Betreibungsverfahren selber (vergl. § 9, III, Ziff. 1, lit. c. hievor); gl. M. BE XXXI (1), 56; dagegen Meier, S. 66. Das gleiche gilt auch für den Dritteigentümer der Sache; vergl. BE XXXI (1), 56; anders früher BE XXVII (1), 62. Die Beschwerde kann in jedem Fall nur binnen der zehntägigen

nicht aber wenn sie sich auf die Würdigung der faktischen Verhältnisse des Schuldners bezieht.[40])

4. Die Wirkung der Kompetenzqualität macht sich sowohl in objektiver als auch in subjektiver Beziehung geltend.

a. Objektiv erstreckt sich die Wirkung auf die im Gesetz genannten Gegenstände, soweit sie im Eigentum des Schuldners stehen, oder wenigstens vom Betreibungsbeamten als darin befindlich angenommen werden (vergl. oben I, Ziff. 1, lit. b).[41]) Unter Umständen kann aber an Stelle des Kompetenzstückes selber hinsichtlich der Unpfändbarkeit dessen Erlös treten, sofern er zum Ersatz der Sache verwendet wird.[42])

b. In subjektiver Hinsicht äussert sich die Wirkung der Kompetenzqualität einzig in der Person des Betriebenen. Er allein hat ein Recht auf die Kompetenzstücke; niemals seine Angehörigen, auch wenn auf die letztern bei der

---

Frist angehoben und weiter gezogen werden; vergl. BE XXXI (1), 61; dagegen A IX, 100 (Bern), sowie Mentha: Contribution à l'étude de la plainte contre la main-mise sur les biens insaissisables (A X, 56). Eine Ausnahme von der Befristung findet nur da statt, wo die Unpfändbarkeit durch eine von B verschiedene öffentlichrechtliche Vorschrift festgestellt wird, z. B. Militärorganisation, Art. 92; vergl. BE XXVIII (1), 64. Der Beginn der Beschwerdefrist fällt sowohl für den Gläubiger als für den Schuldner mit der Zustellung der Abschrift der Pfändungsurkunde zusammen; vergl. A I, 3 und IV, 109, sowie Meier, S. 70.

[40]) Vergl. BE XXXI (1), 34. Die Praxis ist aber in dieser Beziehung schwankend; vergl. die bei Meier, S. 64 zit. Judikatur.

[41]) Vergl. BE XXVIII (1), 23, XXX (1), 124; nicht klar BE XXVI (1), 46.

[42]) Vergl. BE XXIX (1), 18, sowie Meier, S. 90 ff. Es darf auch angenommen werden, dass, wenn nach der Pfändung ein Kompetenzstück ohne Verschulden des Betriebenen untergeht, er Anspruch auf Ersatz desselben aus den gepfändeten Gegenständen besitzt. Dagegen erscheint fraglich, ob dem Schuldner ein kostbares Kompetenzstück weggenommen und verwertet und ihm dafür ein einfacheres neu geliefert werden kann. Die Praxis hat die Frage bejaht; vergl. BE XXIV (1), 119, A I, 69, II, 87.

Bestimmung der Kompetenzqualität Rücksicht genommen wird.[43])

Anders verhält es sich, wo die angehobene Betreibung gegen die Erben des verstorbenen Schuldners fortgesetzt wird (vergl. § 15, III, Ziff. 4, lit. b hievor). Hier sind nämlich die Erben ihrerseits Betriebene und können deshalb auf die Belassung der Kompetenzstücke Anspruch erheben.

Die Kompetenzqualität kann von jedem Betriebenen geltend gemacht werden, ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit und seinen Wohnsitz.[44])

Der Anspruch auf Belassung der Kompetenzstücke ist ein rein subjektives Recht, auf welches der Betriebene beliebig verzichten kann, sofern nicht die Pfändbarkeit durch eine von B verschiedene öffentlichrechtliche Vorschrift (z. B. die Militärorganisation) ausgeschlossen wird.[45]) Der Verzicht kann entweder durch ausdrückliche Erklärung anlässlich der Pfändung oder aber stillschweigend durch Unterlassung der Beschwerde gegenüber der Pfändung des Kompetenzstückes geschehen.[46])

III. Die Beschränkung der Pfändbarkeit in sachlicher Beziehung.

Die Kompetenzqualität gemäss B 92 umfasst die dort aufgezählten Vermögensstücke ihrer ganzen Substanz nach.

---

[43]) Aus Billigkeitsrücksichten nimmt die Praxis an, dass bei der Liquidation der ausgeschlagenen Verlassenschaft die Familienangehörigen des Verstorbenen, trotzdem sie selbst nicht betrieben sind, die Kompetenzstücke beanspruchen können; vergl. BE XXIII, 117, A. III, 26; dagegen Meier, S. 84.

[44]) Ebenso A IV, 131. Die Unterscheidungen, welche Meier, S. 86 hier machen will, scheinen mir mit dem strikten Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

[45]) Vergl. auch BE XXV (1), 79. XXVIII (1), 64,

[46]) Ebenso Reichel, Art. 92, N. 2; Jaeger, Art. 92, N. 1; BE XXX (1), 124. Dieser Verzicht kann nach der Praxis auch zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers abgegeben werden, so dass den andern Gläubigern gegenüber die Kompetenzqualität der Sache bestehen bleibt. Streitig ist dabei, ob durch einen derartigen teilweisen Verzicht auch gegenüber den übrigen Gläubigern der nämlichen Gruppe eine Bevorzugung eines einzigen Gläubigers bewirkt werden kann. Für Verneinung Jaeger, Art. 92, N. 1. Eine der-

Ist eine Sache als Kompetenzstück erkannt und bezeichnet worden, so ist sie der Pfändung schlechtweg entzogen. Im Gegensatz hiezu zählt B 93 eine weitere Gruppe von Vermögensstücken des Schuldners auf, welche unter gewissen Bedingungen nur teilweise, bezw. in einem bestimmten Mass pfändbar sind. Dies betrifft Lohnguthaben, Gehalte und Diensteinkommen jeder Art, Nutzniessungen und deren Erträgnisse, Alimentationsbeträge, Alterspensionen und Renten von Versicherungs- und Alterskassen. Diese Ansprüche können nur soweit gepfändet werden, als sie nicht nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten dem Schuldner und seiner Familie unumgänglich notwendig sind.

1. Die Arten der in Betracht kommenden Vermögensstücke werden in B 93 abschliessend aufgezählt. Es kommen also einzig sie in Betracht.

a. Als Lohnguthaben, Gehalt und Diensteinkommen ist jede Art von Honorierung für persönliche Dienstleistungen zu betrachten.[47]) Es scheiden also davon vor allem diejenigen Gegenleistungen aus, welche sich auf eine Sachleistung des Betriebenen beziehen wie Mietzinse, Kostgelder.[48]) Ebenso gehören nicht dazu Entschädigungen für einen im Dienstverhältnis erlittenen Schaden.[49])

---

artige Beschränkung des Verzichtes fällt jedenfalls dann dahin, wenn vor der Verwertung der Konkurs eröffnet wird und die sämtlichen gepfändeten Vermögensstücke gemäss B 199 in die Konkursmasse fallen; vergl. BE XXIV (1), 73, XXIX (1), 24, sowie Meier, S. 75. Einen ausdrücklichen Verzicht auf die Kompetenzqualität stellt die Verpfändung von Kompetenzstücken dar; vergl. A II, 20, 50, IV, 81.

[47]) Es kommt nur darauf an, dass sich die Forderung wirtschaftlich als Lohnguthaben qualifiziert, abgesehen von ihrer rechtlichen Natur; vergl. BE XXXIII (1), 72. Also auch für liberale Dienste, ja sogar für parlamentarische Wirksamkeit darf das erhaltene Entgelt als Lohn betrachtet werden; vergl. BE XXXII (1), 107, sowie die bei Jaeger, Art. 93, N. 1 und Reichel, Art. 93, N. 1 zit. Judikatur.

[48]) So auch A III, 53. Bei Werklohn ist zu unterscheiden zwischen dem für persönliche Arbeit des Erstellers bezahlten Betrag und der Entschädigung für Material und Arbeit dritter Personen; vergl. BE XXIII, 176.

[49]) Z. B. für vorzeitige Entlassung; vergl. A IV, 16; dagegen Jaeger, Art. 93, N. 1.

Lohn, Gehalt und Diensteinkommen sind nur beschränkt pfändbar, gleich viel, ob sie schon bezahlt oder erst geschuldet sind.[50]) Fraglich kann dagegen sein, ob Lohn, Gehalt und Diensteinkommen auch schon zu einer Zeit gepfändet werden können, zu welcher sie noch nicht verfallen, bezw. verdient sind. Für verdienten aber noch nicht fälligen Lohn ist die Frage unzweifelhaft zu bejahen, da hier eben ein Guthaben bereits existiert. Dies ist dagegen nicht der Fall bei noch nicht verdientem Lohn. Gleichwohl nimmt die Praxis hier die Möglichkeit einer Pfändung an, und zwar für den künftigen Lohn auf den Zeitraum eines Jahres hinaus seit der geschehenen Pfändung.[51])

b. Als Nutzniessungen und deren Erträgnisse betrachtet die Praxis jede Nutzung, welche der Schuldner aus einer Sache irgend welcher Art oder aus einem Kapital zieht, ohne über den betreffenden Gegenstand, welcher die Nutzung abwirft, selbst verfügen zu können. Hierher gehören also ausser der eigentlichen Nutzniessung alle Arten der zivilrechtlichen Nutzung (elterliche und ehemännliche Nutzungen, Burgernutzen etc.)[52]) Dagegen gehören hierher niemals Dividenden von Aktien etc.

---

[50]) Ebenso BE XXXII (1), 85, Jaeger, Art. 93, N. 1.

[51]) Vergl. BE XXIII, 260, XXIV (1), 22, XXV (1), 23, A I, 27, 28. Die zeitliche Beschränkung auf ein Jahr ist deshalb notwendig, weil gemäss B 116, Al. 1 die Verwertung spätestes binnen Jahresfrist seit der Pfändung verlangt werden muss und man natürlich nicht den noch nicht verdienten Lohn verwerten kann. Bei vorhandener Anschlusspfändung berechnet sich die Frist vom Zeitpunkt des letzten Pfändungsbegehrens an; vergl. BE XXIV (1), 22, A III, 56. Eine Bestreitung der Lohnforderung, sowie eine frühere Abtretung derselben hindern die Pfändung nicht. Über derartige Differenzen haben nämlich nicht die Betreibungsbehörden, sondern später die Gerichte zu urteilen; vergl. BE XXIV (1), 61, XXX (1), 41, XXXI (1), 26. Gegen die gesetzliche Zulässigkeit einer derartigen Lohnpfändung wendet sich Grivet: La saisie des salaires, Revue judiciaire 1892, pag. 305 ss.

[52]) Vergl. BE XXIV (1), 146, XXVIII, (1), 91, XXIX (1), 51. A priori unpfändbar ist der Ertrag der Nutzung, soweit er zum Unterhalt des Nutzungsgegenstandes selber verwendet werden muss; vergl. BE XXXI (1), 71. Gegen die oben im Text befürwortete ausdehnende Interpretation Reichel, Art. 93, N. 4.

c. Alimentationsbeträge, Alterspensionen, Renten von Versicherungs- und Alterskassen unterstehen der Vorschrift in B 93, unbekümmert darum, ob sie auf Grund des Gesetzes, eines Urteils oder eines Vertrages geschuldet bezw. bezahlt werden.[53])

2. Die Bemessung der Pfändbarkeit der in B 93 genannten Vermögensstücke stellt ab auf den Begriff des unumgänglich Notwendigen. Soweit und nur soweit als diese Einkünfte dem Schuldner und seiner Familie unumgänglich notwendig sind, hat ihre Pfändung zu unterbleiben.

a. In subjektiver Beziehung bemisst sich also die Unpfändbarkeit nach den Bedürfnissen des Schuldners und seiner Familie. Der Begriff der Familie ist dabei nicht nach streng familienrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Dazu gehören vielmehr alle Personen, gegenüber welchen dem Schuldner rechtlich oder moralisch eine Unterhaltspflicht obliegt (vergl. oben II, Ziff. 2, lit. a, aa).[54])

b. In objektiver Beziehung handelt es sich um ein eigentliches Existenzminimum. Es wird also nicht auf den gewohnten oder den standesgemässen Unterhalt des Schuldners abgestellt.[55]) Ebenso fällt die Unpfändbarkeit ohne weiteres dahin, wenn der Schuldner andere Einnahmsquellen hat, die für seinen Unterhalt genügen.

---

[53]) Vergl. BE XXIII, 170. Die Pfändung kann sich dabei sowohl auf das Recht als ganzes als auch auf die einzelnen Quoten beziehen; vergl. BE XXVII (1), 43.

[54]) Vergl. in diesem Sinne auch BE XXVII (1), 14.

[55]) Vergl. in diesem Sinne auch BE XXVII (1), 14, XXX (1), 76. Eine gewisse Rücksichtnahme auf die soziale Stellung des Schuldners hält aber die Praxis insofern für angezeigt, als eine bestimmte Art der Lebenshaltung für die Ausübung des Berufes des Schuldners nötig ist; vergl. BE XXXIII (1), 69. Keinen Einfluss auf die Bemessung der Unpfändbarkeit übt die Natur der in Betreibung liegenden Forderung, bezw. die Bedürftigkeit des Gläubigers aus; vergl. BE XXVII (1), 68. Ebensowenig aber darf umgekehrt dabei auf eine allfällige Unsicherheit der andern dem Schuldner zur Verfügung stehenden Einnahmsquellen Rücksicht genommen werden; vergl. BE XXV (1), 54. Kasuistik bei Jaeger Art. 93, N. 8, Reichel, Art. 93, N. 5; vergl. auch BE XXX (1), 41.

3. Die Vornahme der Bemessung liegt dem Betreibungsbeamten ob. Und zwar ist dafür sein eigenes Ermessen ausschlaggebend. Gegen seine Verfügung können Gläubiger und Schuldner Beschwerde führen.[56]) Da es sich aber dabei um eine Ermessenssache handelt, so ist regelmässig die Weiterziehung an das Bundesgericht ausgeschlossen, sofern nicht etwa die Erwägungen, auf welchen die Bemessung beruht, mit der Vorschrift in B 93 selbst im Widerspruche stehen, und deshalb eine Gesetzwidrigkeit vorliegt (vergl. § 9, VIII, Ziff. 1, lit. a)[57]) Die zehntägige Beschwerdefrist läuft immer vom Momente des Pfändungsvollzuges an.[58])

IV. Die Beschränkung der Pfändbarkeit in zeitlicher Beziehung.

Wenn der Gesetzgeber die Pfändbarkeit gewisser Vermögensstücke des Schuldners in zeitlicher Beziehung beschränkt, so geschieht dies hauptsächlich mit Rücksicht auf die besondere Natur der betreffenden Sachen.

1. Gegenstand dieser zeitlichen Pfändungsbeschränkung bilden nämlich ausschliesslich die hängenden und stehenden Früchte, deren Pfändung vor der Erreichung eines bestimmten Reifegrades entweder ein unverhältnismässiges Hinausschieben der Verwertung erfordern würde, oder aber dann die Gefahr einer finanziellen Benachteili-

[56]) Ein Dritter ist niemals zur Beschwerde legitimiert; vergl. BE XXV (1), 18, A III, 109.

[57]) Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn der Begriff des unumgänglich Notwendigen unrichtig interpretiert wurde (vergl. BE XXX (1), 41, 54, XXXI (1), 90), oder wenn sich die durch die kantonalen Behörden vorgenommene Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse als willkürlich erweist, bezw. wenn dabei wesentliche Momente nicht berücksichtigt oder aber unwesentliche als ausschlaggebend behandelt wurden (vergl. BE XXII, 40, XXIII, 176, XXIV (1), 58), oder wenn die Frage des Bestehens des gepfändeten Anspruches streitig ist (BE XXXI (1), 26), sowie endlich bei Aktenwidrigkeit (vergl. BE XXXIII (1), 69).

[58]) Der Schuldner kann nicht etwa nach Ablauf der Frist verlangen, dass der Betreibungsbeamte auf Grund neuer Verhältnisse nochmals entscheide, damit er dann gegen die neue Verfügung Beschwerde erheben kann; vergl. BE XXV (1), 54, XXVIII (1), 21, XXXII (1), 54.



gung des Schuldners und des Gläubigers in sich schlösse. B 94, Al. 1 schreibt deshalb vor, dass hängende und stehende Früchte nicht gepfändet werden können: auf den Wiesen vor dem 1. April, auf den Feldern vor dem 1. Juni, in den Rebgeländen vor dem 20. August.

Die Aufzählung in B 94, Al. 1 muss als abschliessend betrachtet werden, so dass also hier keine andern Fruchterträgnisse in Betracht kommen als die der Wiesen, Felder oder Rebgelände. Mit Bezug auf sie aber ist eine vor den angegebenen Terminen vorgenommene Pfändung ungültig, und es soll regelmässig eine Verwertung nicht stattfinden. Eine Ausnahme hievon darf indessen wohl gemacht werden, wenn sich der Schuldner der verfrühten Pfändung nicht widersetzt hat und zur Zeit der Verwertung die gesetzlichen Termine eingetreten sind.[59])

2. Zur Sicherung der zeitlichen Beschränkung sieht das Gesetz eine Veräusserungsbeschränkung vor, und zwar in dem Sinn, dass eine vor oder an den bezeichneten Tagen vorgenommene Veräusserung der Ernte dem pfändenden Gläubiger gegenüber ungültig ist (B 94, Al. 2). Es handelt sich also nicht etwa um eine absolute Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, sondern nur um die Ungültigkeit gegenüber dem pfändenden Gläubiger, d. h. es kann die Pfändung und Verwertung der Früchte ohne Rücksicht auf ein solches Rechtsgeschäft erfolgen, da natürlich der Käufer im Hinblick auf die positive Gesetzesvorschrift niemals als gutgläubig angesehen werden darf.

3. Ausnahmen von der Regel der zeitlichen Beschränkung der Pfändbarkeit finden nach zwei Richtungen hin statt:

a. Im Falle der Konkurrenz mit der vollständigen Unpfändbarkeit der Früchte gemäss B 92, Ziff. 4 oder 5 (vergl. B, 103, Al. 2).

---

[59]) Vergl. A IV, 48. Zur Beschwerdeführung wegen verfrühter Pfändung ist an sich sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger legitimiert; immerhin wird der letztere wohl selten Anlass dazu haben.

b. Mit Rücksicht auf die akzessorische Natur der Früchte. Die noch nicht gezogenen Früchte bilden nämlich einen Teil des Grundstückes selber. Durch eine Verhaftung des letztern werden deshalb in gewissem Sinne auch sie miterfasst. Und zwar kann sich dies in doppelter Weise äussern:

aa. Bei der hypothekarischen Verpfändung des Grundstückes. B 94, Al. 3 in seiner gegenwärtigen Fassung sieht vor: «Die gemäss der Kantonalgesetzgebung den Hypothekargläubigern zustehenden Rechte bleiben vorbehalten.» Das kantonale Hypothekarrecht kann demnach verfügen, dass der Grundpfandgläubiger, falls er Betreibung auf Pfandverwertung anhebt, ein Vorrecht auf Deckung auch aus den Früchten der ihm verpfändeten Liegenschaft besitzt. Dieses Vorrecht besteht ohne Rücksicht auf die in B 94, Al. 1 vorgesehene Pfändungsbeschränkung, und es geht auch einer der Pfandverwertung zeitlich vorausgehenden Pfändung der Früchte vor.[60])

Mit Einführung des ZGB werden die bisher vorbehaltenen kantonalen Bestimmungen dahinfallen. Die neue Fassung von B 94, Al. 3 (ZGBE 60) gestaltet deshalb den soeben erwähnten Ausnahmefall bundesrechtlich durch die Vorschrift: «Die Rechte der Grundpfandgläubiger auf die hängenden und stehenden Früchte als Bestandteile der Pfandsache bleiben vorbehalten, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Grundpfandgläubiger selbst die Betreibung auf Verwertung des Grundpfandes angehoben hat, bevor die Verwertung der gepfändeten Früchte stattfindet».

Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass es sich nicht um ein privatrechtliches, sondern um ein rein betreibungsrechtliches Privileg der Grundpfandgläubiger handelt; denn es tritt nur unter der ausdrücklichen Bedingung

---

[60]) Die meisten kantonalen Rechte haben von der in B 94, Al. 3 eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht; vergl. die Aufzählung bei Reichel, Art. 93, N. 4, Jaeger, Art. 93, N. 1; Brand und Wasem, S. 333 ff.; Mettier: Die Pfandhaftung der Früchte eines Immobile, Diss. Zürich 1904, S. 83 ff. Eine Ausdehnung des Vorrechtes auf zivile Früchte (Miet- und Pachtzinse), wie sie in einigen Kantonen besteht, findet in B 94, Al. 3 keine rechtliche Grundlage.

ein, dass der Grundpfandgläubiger seinerseits Betreibung auf Pfandverwertung angehoben hat. Dabei ist jedoch gleichgültig, ob es sich um eine Betreibung für die ganze Kapitalschuld oder nur für Zinsen und Annuitäten handelt. Ferner aber ist auch nicht notwendig, dass diese Betreibung schon zur Zeit der Pfändung angehoben war, es genügt vielmehr, dass sie zur Zeit der Verwertung existent ist.

bb. Die akzessorische Natur der Früchte äussert aber ihre betreibungsrechtlichen Folgen auch bei einer Pfändung der Liegenschaft. Diese erfasst nämlich gemäss B 102, Al. 1 unter Vorbehalt der den Hypothekargläubigern nach der Kantonalgesetzgebung zustehenden Rechte (vergl. oben lit. aa) auch die Früchte und sonstigen Erträgnisse der Liegenschaft.[61]) Die neue Fassung in B 102, Al. 1 und 2 (ZGBE 60) verfügt in dieser Beziehung folgendes: «Die Pfändung eines Grundstückes erfasst unter Vorbehalt der den Grundpfandgläubigern zustehenden Rechte auch dessen Früchte und sonstigen Erträgnisse. Das Betreibungsamt hat den Grundpfandgläubigern, sowie gegebenenfalls den Mietern oder Pächtern von der erfolgten Pfändung Kenntnis zu geben».

V. Die zeitliche Reihenfolge der Pfändung einzelner Gegenstände.

Indem das Gesetz eine gewisse zeitliche Reihenfolge vorsieht, nach welcher die einzelnen Vermögensstücke des Schuldners in die Pfändung einbezogen werden sollen, verfolgt es einen doppelten Zweck: Einerseits sollen dadurch, wie durch die vollständige oder teilweise Unpfändbarkeit, die wirtschaftlichen Interessen des Schuldners gewahrt werden. Andererseits wird dabei auch der betreibungsrechtliche Zweck verfolgt, vor allem diejenigen Gegenstände in die Zwangsvollstreckung einzubeziehen, welche eine

[61]) Diese Wirkung erstreckt sich also im Gegensatz zu dem in B 94, Al. 3 vorgesehenen Fall nicht bloss auf die natürlichen, sondern auch auf die zivilen Früchte, wie Miet und Pachtzinse. Dies kann aber nicht etwa so ausgelegt werden, dass im Falle der Pfändung einer Liegenschaft der sie bewohnende Schuldner selber vom Betreibungsamt zur Bezahlung eines Mietzinses angehalten werden darf; vergl. BE XXIV (1), 90.

möglichst sichere, ergiebige und rasche Versilberung versprechen. B 95, Al. 5 stellt denn auch den leitenden Grundsatz auf, dass der Betreibungsbeamte bei der Auswahl der zu pfändenden Vermögensstücke, soweit tunlich, die Interessen des Gläubigers sowohl als des Schuldners berücksichtigen soll. Die Rücksichtnahme auf die Verwertungsmöglichkeit stellt deshalb geradezu eine Amtspflicht des Beamten dar.

1. In erster Linie wird das bewegliche Vermögen mit Einschluss der Forderungen gepfändet (B 95, Al. 1). Sofern und soweit also derartige Vermögensstücke vorhanden und überhaupt pfändbar sind, soll von einer Pfändung der Liegenschaften abgesehen werden. Zum beweglichen Vermögen des Schuldners gehören alle Mobilien, sowie alle verwertbaren Rechtsansprüche desselben.[62])

Immerhin muss es sich dabei um das gegenwärtige Vermögen des Schuldners handeln.[63]) Die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand dem Schulner gehört oder nicht, ist im Streitfall durch die Gerichte zu entscheiden (vergl. § 32 hienach).

Innerhalb des beweglichen Vermögens selber sieht B 95, Al. 1 wiederum eine besondere Reihenfolge vor, indem hier bestimmt wird, dass zunächst die Gegenstände des täglichen Verkehrs in die Pfändung fallen, jedoch entbehrlichere Gegenstände vor den weniger entbehrlichen gepfändet werden sollen. Diese letztere Vorschrift bezweckt einen besondern Schutz der Interessen des Schuldners und wird noch speziell ergänzt durch B 95, Al. 4, wo verfügt wird, dass wenn Futtervorräte gepfändet werden, auf Verlangen des Schuldners auch Viehstücke in entsprechender Anzahl zu pfänden sind.

2. Das unbewegliche Vermögen wird nur gepfändet, soweit das bewegliche zur Deckung der Forderung

---

[62]) Also auch grundversicherte Forderungen; vergl. BE XIX, 7, sowie Reichel. Art. 95, N. 2.

[63]) Also nicht um Erbanwartschaften des Schuldners; vergl. BE XXIII, 255.

nicht ausreicht, oder wenn Gläubiger und Schuldner gemeinsam es verlangen (B 95, Al. 2). Die Pfändung von Liegenschaften — denn nur um solche handelt es sich hier — ist also mangels einer besondern Abmachung zwischen Gläubiger und Schuldner nur zulässig, sofern nachgewiesen ist, dass das bewegliche Vermögen zur Deckung des Gläubigers nicht hinreicht.[64])

3. In letzter Linie werden Vermögensstücke gepfändet, auf welche ein Arrest gelegt ist, oder welche vom Schuldner als dritten Personen zugehörig bezeichnet, oder von dritten Personen beansprucht werden (B 95, Al. 3). Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass alle Gegenstände, welche beim Schuldner vorgefunden werden, an und für sich auch gepfändet werden können. Die Vollstreckungsbehörden haben keine Kognition darüber, ob allfällige von dritter Seite an diesen Sachen geltend gemachte Ansprüche berechtigt sind oder nicht. Infolgedessen dürfen sie auch nicht von sich aus bestimmen, ob gegebenenfalls mit Rücksicht auf diese Ansprüche eine Pfändung zu unterbleiben habe oder nicht. Vielmehr haben sie in jedem solchen Falle einfach das Widerspruchsverfahren gemäss B 106, 109 einzuleiten (vergl. § 32 hienach).[65]) Immerhin sollen derartige Gegenstände, zur Vermeidung von Prozessen, nur gepfändet werden, sofern nicht genügend andere pfändbare Sachen vorhanden sind.

VI. Die Verwaltung der gepfändeten Gegenstände.

Da gemäss B 96 dem Schuldner jede nicht bewilligte Verfügung über die bei ihm gepfändeten Vermögensstücke verboten ist, so liegt naturgemäss dem Betreibungsamt die Sorge für die Verwaltung dieser Sachen bis zu ihrer Verwertung ob.

---

[64]) Ebenso BE XXX (1), 136. Dieser Grundsatz bezieht sich auch auf die Verwertung; vergl. BE XXIII, 136. Beschwerdeberechtigt sind sowohl Gläubiger als Schuldner.

[65]) Ebenso BE XXIX (1), 118; anders dagegen BE XXV (1), 58. Bei Immobilien ist ein Gewahrsam des Schuldners nicht anzunehmen, wenn der Dritte im Grundbuch eingetragen ist; vergl. BE XXII, 212, XXIX (1), 53, XXX (1), 40.

1. Was die beweglichen körperlichen Sachen anbelangt, so gestaltet sich die Verwaltung derselben in der Regel sehr einfach, so dass es der Gesetzgeber nicht für notwendig findet, ihrer ausdrücklich Erwähnung zu tun. Werden nämlich diese Gegenstände gemäss B 98, Al. 2 einstweilen in den Händen des Schuldners oder eines dritten Besitzers gelassen, so sind Verwaltungshandlungen seitens des Betreibungsamtes überhaupt nicht nötig. Werden sie dagegen gemäss B 98, Al. 1 und 3 in amtliche Verwahrung genommen, so besteht ihre Verwaltung regelmässig in der Sorge für die Aufbewahrung und Erhaltung (vergl. § 30, IV, Ziff. 2 hievor).

2. Das Betreibungsamt sorgt auch für die Erhaltung der gepfändeten Rechte (B 100). Diese Sorge besteht vor allem in denjenigen Massnahmen, welche nötig sind, um den Untergang des Rechtes zu verhindern, wie z. B. Eingaben im Konkurs, im Nachlassvertrag oder in öffentlichen Inventaren, Unterbrechung der Verjährung, Beobachtung der gesetzlichen Befristungen.[66]) Zur Verwaltung gepfändeter Rechte gehört auch die Erhebung der Zahlung für fällige Forderungen, welche B 100 ebenfalls dem Betreibungsbeamten zur Pflicht macht. Diese Pflicht reicht aber jedenfalls nur soweit, als die Einkassierung auf gütlichem Wege geschehen kann, oder aber soweit, als das rechtliche Inkasso zur Erhaltung der Forderung notwendig ist.[67])

3. Mit Bezug auf die Liegenschaften sieht B 102, Al. 2 vor, dass das Betreibungsamt für ihre Verwaltung und Bewirtschaftung zu sorgen habe. Das Amt braucht also nicht notwendigerweise die Verwaltung und Bewirtschaftung selber in die Hand zu nehmen; es hat lediglich

[66]) Zur Unterbrechung der Verjährung kann das Betreibungsamt selber namens des Schuldners Betreibung anheben; vergl. A IV, 50. Wo aber zur Wahrung der Rechte eine Prozessanhebung notwendig ist, wie z. B. im Falle einer gesetzlichen Befristung (vergl. B 86, 187), wird man dem Betreibungsamt schwerlich die Prozesslegitimation zugestehen können.

[67]) In diesem Sinne auch A V, 95, VI, 13.

dafür zu sorgen, dass dieselbe überhaupt stattfindet, sei es durch den Schuldner oder den bisherigen Inhaber selber, sei es durch dritte Personen. Es seinerseits trägt aber in jedem Falle die Verantwortung. Infolgedessen ist der Betreibungsbeamte selbst zur Vornahme jeder Handlung befugt, welche für eine richtige Verwaltung und Bewirtschaftung der Liegenschaft als notwendig erscheint, auch wenn die Verwaltung in andern Händen liegt.[68]) Auch hier gehört zur Verwaltung einerseits die Sorge für die Erhaltung der Substanz, andererseits die Einheimsung der Früchte. Die Sorge für die letztere macht B 103, Al. 1 dem Beamten ausdrücklich zur Pflicht. Die gezogenen Früchte sind regelmässig zu Gunsten des pfändenden Gläubigers zu verwerten, soweit nicht gemäss B 94, Al. 3 und B 102, Al. 1 die Hypothekargläubiger darauf ein Vorrecht besitzen (vergl. oben IV, Ziff. 3, lit. b). Überdies sind im Falle des Bedürfnisses die Früchte zum Unterhalt des Schuldners und seiner Familie in Anspruch zu nehmen (B 103, Al. 2). Ein solches Bedürfnis besteht dann, wenn die Früchte ein Kompetenzstück gemäss B 92, Ziff. 5 darstellen.[69]) Diese Kompetenzqualität geht natürlich auch dem Pfandrecht der Hypothekargläubiger vor.

4. Die Kosten der Verwaltung gehören regelmässig zu den Betreibungskosten im weitern Sinn (vergl. § 13 hievor). Es greifen deshalb die allgemeinen Regeln über die letztern auch hier Platz, und B 105 schreibt in Anlehnung an den allgemeinen Grundsatz in B 68, Al. 1 vor: «Der Gläubiger hat dem Betreibungsamt auf Verlangen die Kosten der Aufbewahrung und Unterhaltung gepfändeter Vermögensstücke vorzuschiessen.» Die Einforderung dieses Vorschusses steht also im Ermessen des

[68]) Die bernische Praxis will ihm – wohl zu weitgehend — wenn nötig, sogar eine Exmission des Schuldners aus der gepfändeten Liegenschaft gestatten; vergl. ZBJV XXXV, 331, 335. Eine Ausnahme von der Verwaltungsbefugnis nimmt die Praxis an, wenn ein Dritter das Eigentum an der Liegenschaft beansprucht und zugleich den Gewahrsam daran hat; vergl. BE XXX (1), 143.

[69]) Ebenso Jaeger, Art. 103, N. 5, sowie A III, 136

Beamten, der sie regelmässig nur vornimmt, wenn ein solcher Vorschuss durch die Umstände erfordert wird. Nichtleistung des Vorschusses macht zwar die Pfändung nicht hinfällig; der Beamte kann aber alle Aufwendungen mit Bezug auf die gepfändeten Sachen unterlassen und wird von jeder Verantwortlichkeit in dieser Hinsicht befreit.[70])

§ 32
Die Behandlung der Ansprüche dritter Personen an gepfändeten Gegenständen.[1])

I. Allgemeiner Grundsatz.

Die Pfändung erstreckt sich prinzipiell auf alle Gegenstände, welche beim Schuldner gefunden werden, oder welche sonstwie als zu seinem Vermögen gehörend betrachtet werden dürfen, ohne Rücksicht auf allfällige Rechte, welche daran Dritten zustehen oder von ihnen beansprucht werden. Dagegen gewährt das Gesetz dem Dritten unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, in einem bestimmt geregelten Verfahren entweder die vollständige oder aber eine beschränkte Entlassung der betreffenden Vermögensstücke aus dem Vollstreckungsnexus zu verlangen (vergl. unten II).

1. Faktische Voraussetzung des Verfahrens ist vor allem, dass das Betreibungsamt auf den Anspruch des Dritten aufmerksam gemacht wird. Und zwar

[70]) Vergl. BE XXVII (1), 16. Ein Kostenvorschuss ist dann jedenfalls nicht nötig, wenn die Liegenschaft selber Gelderträgnisse abwirft, wie z. B. Miet- und Pachtzinse, welche nicht dritten Personen verhaftet sind; vergl. A X, 86.

[1]) Lit. Pedrazzini: Die Widerspruchsklage nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes, Diss. Freiburg 1895; Peter: Die sog. Widerspruchsklage, ZschwR. NF XVII, S. 371 ff; Emil Huber: Zur Natur der Klagen aus Art. 106/9 B, ZBJV, XLIII S. 585 ff; Frommhold: Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung, 1891; v. Schrutka Rechtenstamm: Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigabe fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren, 1891/93; sowie die bei diesen Autoren angegebene weitere Literatur.

kann dies entweder durch den Dritten selber oder aber durch den Schuldner geschehen (B 95, Al. 3 und B 106, Al. 1; vergl. § 31, V, Ziff. 3 hievor). Von Amtes wegen hat der Beamte solche Verhältnisse nicht zu untersuchen.

Den Zeitpunkt dieser Avertierung des Beamten stellt regelmässig der Moment der Pfändung selber dar. Wenn der Schuldner gemäss B 91 dem Betreibungsbeamten seine Vermögensstücke zur Pfändung vorweist, so hat er natürlicherweise auch diejenigen zu bezeichnen, an welchen seines Erachtens Ansprüche Dritter bestehen. In diesem Zeitpunkt aber kann auch der Dritte selber, wenn er von der Pfändung Kenntnis erhält, intervenieren, was ihm namentlich dann immer möglich ist, wenn sich die Gegenstände in seinem eigenen Gewahrsam befinden.

Die Festsetzung dieses Zeitpunktes hat jedoch nicht absolut zwingende Bedeutung.[2]) Ein Dritter, der nicht in die Lage gesetzt wurde, nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen (B 106, 107) vorzugehen, d. h. zur Zeit der Pfändung selber zu intervenieren, kann seinen Anspruch an der gepfändeten Sache oder an deren Erlös, solange dieser nicht verteilt ist, geltend machen (B 107, Al. 4). Die letztgenannte zeitliche Einschränkung rührt daher, dass eben der Dritte den Gegenstand oder dessen Erlös nur solange beanspruchen kann, als sich derselbe noch in Händen des Betreibungsbeamten befindet bezw. solange mit Bezug auf ihn das Betreibungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist (vgl. § 35, III, Ziff. 3, lit. c, bb hienach). Auch dieser Anspruch am Erlös ist rein betreibungsrechtlicher Natur und kann deshalb ebenfalls nur in dem durch B 106 ff. vorgesehenem Verfahren geltend gemacht werden.[3])

---

[2]) Vergl. BE XXX (1), 69.

[3]) Anders Reichel, Art. 107, N. 8, welcher annimmt, dass hier der Dritte ohne Intervention des Betreibungsbeamten direkt gegen den Gläubiger vorgehe. Es widerspricht dies jedoch dem Wortlaut in B 107, Al. 4. Nicht betreibungsrechtlicher, sondern rein privatrechtlicher Natur ist dagegen die Frage, ob der Dritte, welcher erst nach der Verteilung von der Pfändung vernimmt, also nicht gemäss B 107, Al. 4 vorgehen kann, irgendwelche Entschädigungsklage besitzt. Eine solche Klage steht ihm jedenfalls gemäss B 5 gegen den

Eine Ausnahme von der in B 107, Al. 4 aufgestellten Regel findet statt bei gestohlenen und verlorenen Sachen. In Bezug auf sie gelten nämlich die Vorschriften der Art. 206 und 207 OR (B 108, Al. 1). Sofern deshalb seit dem Tage des Abhandenkommens der Sache noch nicht fünf Jahre verflossen sind, kann sich der Eigentümer nicht nur gemäss B 106 dem Verbleiben derselben im Pfändungsnexus widersetzen, sondern er kann sie, trotz erfolgter betreibungsrechtlicher Verwertung und Verteilung des Erlöses jedem Inhaber, also auch dem neuen Erwerber, abverlangen.[4] Ist dabei der neue Erwerber gutgläubig, d. h. hat er die Sache an der betreibungsrechtlichen Versteigerung erworben, ohne ihre Eigenschaft als verlorene oder gestohlene zu kennen oder kennen zu müssen, so braucht er sie gemäss OR 206 nur gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises herauszugeben. Und zwar gilt als öffentliche Steigerung im Sinne von OR 206 auch ein vom Betreibungsamte vorgenommener Verkauf aus freier Hand (B 108). War dagegen der neue Erwerber bösgläubig, so muss er gemäss OR 207 die Sache stets herausgeben, oder, wenn er sich derselben entäussert hat, ihren Wert ersetzen, und haftet auch für jede durch seine Schuld herbeigeführte Wertverminderung; weitergehende Ansprüche auf Schaden-

Betreibungsbeamten zu, sofern derselbe beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen das Verfahren gemäss B 106 ff nicht einleitete. Gegenüber dem Schuldner kann der Dritte nur dann Ersatz verlangen, wenn zwischen ihm und jenem ein privatrechtliches Verhältnis mit Bezug auf die Sache bestand, aus welchem sich ein solcher Ersatzanspruch ergibt, bezw. wenn der Schuldner bereichert ist; vergl. Jaeger, Art. 107, N. 19 und Reichel, Art. 107, N. 8, sowie die dort zit. Literatur. Gegenüber dem dritten Erwerber der Sache kann höchstens vorgegangen werden, wenn die letztere verloren oder gestohlen ist (B 108, OR 206, 207; vergl. § 35, III, Ziff. 3, lit. c, bb hienach). Gegen den pfändenden Gläubiger kann der Dritte überhaupt nicht vorgehen; so auch Reichel, Art. 107, N. 8.

[4]) Ebenso Jaeger, Art. 108, N. 1, welcher aber, wohl zu weitgehend, nicht nur gestohlene und verlorene, sondern alle bösgläubig erworbenen Sachen hieher zählen will; vergl. Pedrazzini S. 40 und Brüstlein in A III, 65.

ersatz gegen ihn bleiben vorbehalten. In jedem Fall hat aber ein derartiges Vorgehen des wahren Eigentümers der Sache gegen den neuen Erwerber nicht betreibungsrechtlichen, sondern rein materiellrechtlichen Charakter. Eine Mitwirkung der Betreibungsbehörden ist deshalb schlechtweg ausgeschlossen.

2. Materiellrechtliche Voraussetzung des Verfahrens ist, dass der Dritte an der Sache ein bestimmtes materielles Recht zivilrechtlicher Natur beansprucht.[5])

a. Was die Art dieses Rechtes anbetrifft, so nennen B 106, Al. 1, 109, Al. 1 nur Eigentum und Pfandrecht. In Doktrin und Praxis hat man dies aber schlechtweg auf alle dinglichen Rechte ausdehnen wollen.[6]) In dieser Ausdehnung ist aber jedenfalls der Satz unrichtig. Das Gesetz nennt hier Eigentum und Pfandrecht, weil mit ihrem Bestand eine Verwertung des Gegenstandes ausschliesslich zu Gunsten des pfändenden Gläubigers nicht vereinbar ist. Will man deshalb die genannten Gesetzesbestimmungen ausdehnend interpretieren, so kann dies offenbar nur mit Bezug auf solche dingliche Rechte geschehen, welche in dem angeführten Punkt die gleichen Wirkungen äussern, wie die erstgenannten. Dies trifft zu beim Miteigentum und auch beim Niessbrauch, niemals aber bei andern Servituten, da hier eine Verwertung des Gegenstandes zu Gunsten des pfändenden Gläubigers unter Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit sehr wohl denkbar ist. Jedenfalls aber ist dem

---

[5]) Ob im einzelnen Fall das Vorhandensein eines derartigen Rechtes angenommen werden kann, richtet sich nach den Vorschriften des in Betracht fallenden Zivilrechtes. Speziell über den Eigentumsvorbehalt vergl. A X, 74 mit Anmerkung von Brand. Die Geltendmachung eines bloss betreibungsrechtlichen Vorteils oder Vorrechtes, wie z. B. des Rechtes aus einer vorhergehenden Pfändung, gehört nicht hieher; vergl. BE XXII, 62, XXIV (1), 63, XXX (1), 134.

[6]) Vergl. Reichel, Art. 106, N. 4; Jaeger, Art. 106, N. 5; Peter, S. 379, Pedrazzini S. 27; A III, 83, IV, 39, sowie die in Note 5 zit. Urteile.

Pfandrecht nach der ausdrücklichen Vorschrift in B 37, Al. 2 das Retentionsrecht gleichzusetzen.[7])

b. Hinsichtlich der Pfändungsgegenstände, an welchen derartige Ansprüche gemäss B 106, 109 betreibungsrechtlich geltend gemacht werden können, drückt sich das Gesetz ziemlich unbestimmt aus, indem es einfach von «Sachen» spricht. Hierher gehören vor allem sämtliche körperliche Sachen und zwar sowohl bewegliche als unbewegliche.[8]) Streitig ist dagegen die Frage, ob auch unkörperliche Sachen, wie Rechte und Forderungen, hieher gehören. Die Frage wurde früher verneint mit dem Hinweis darauf, dass an solchen Objekten ein Gewahrsam, wie er in B 106, 109 vorgesehen ist, nicht möglich sei.[9]) So richtig auch dieser letztere Satz an sich ist, so hat sich doch gezeigt, dass seine Anwendung schwere praktische Unzukömmlichkeiten mit sich bringt. Wenn nämlich ein Dritter an einer gepfändeten Forderung ein Pfandrecht beansprucht, oder behauptet, selbst Gläubiger derselben zu sein, so gäbe es — sobald man B 106, 109 nicht als anwendbar erklärt — kein Mittel, die Vollstreckung mit Bezug auf diesen Gegenstand zu hemmen und die Rechts-

[7]) Ebenso Jaeger, Art. 106, N. 5; Martin, p. 92; BE XXIII, 252, XXIV (2), 48, XXV (1), 25, XXVI (1), 68, XXVIII (1), 68.

[8]) Ebenso Jaeger, Art. 106, N. 3; A II, 83; BE XXX (1), 94. Bei Liegenschaften ergibt sich — wenigstens was die Pfandrechte anbelangt — eine Konkurrenz zwischen B 106, 109 einerseits und B 140, Al. 2 anderseits, indem nach dieser letztern Vorschrift vor der Verwertung der gepfändeten Liegenschaft den Inhabern dinglicher Lasten, die auf der letztern ruhen, Gelegenheit gegeben wird, ihre Rechte im Betreibungsverfahren nach dem in B 106, 107 vorgesehenen Verfahren geltend zu machen. Wenn auch das in B 140, Al. 2 vorgesehene Verfahren seiner Struktur nach mit dem durch B 106, 107 normierten durchaus identisch ist, so besteht es dennoch unabhängig vom letztern. Der dinglich Berechtigte, der seinen Anspruch in dem durch B 106, 107 vorgesehenen Zeitpunkte nicht geltend machte, kann dies, sofern dieser Anspruch im Lastenverzeichnis aufgenommen und hernach gemäss B 140, Al. 2 bestritten wurde, in der dort angegebenen Weise nachholen (vergl. § 36, II, Ziff. 2, lit. c, dd hienach).

[9]) So auch Reichel, Art. 106, N. 3; Jaeger, Art. 106, N. 3 und die dort zit. Urteile, sowie BE XXIX (1), 14.

verhältnisse daran gerichtlich feststellen zu lassen. Die Praxis hat deshalb nach langem Zögern eine analoge Anwendung des in B 109 vorgesehenen Verfahrens zugelassen.[10])

c. Eine besondere Einschränkung hinsichtlich der betreibungsrechtlichen Geltendmachung des Eigentumsanspruches durch den Dritten findet dann statt, wenn er die Sache als eine ihm gestohlene oder von ihm verlorene herausverlangt. In Bezug auf solche Sachen sind nämlich die Vorschriften in OR 206, 207 anzuwenden (B 108; vergl. oben Ziff. 1).

Ist deshalb der Betriebene gutgläubiger Inhaber der Sache, so kann überhaupt der Dritte gemäss OR 206 eine Herausgabe derselben nur verlangen, wenn seit dem Tage ihres Abhandenkommens noch nicht fünf Jahre verflossen sind. Ist überdies die Sache vom Betriebenen an öffentlicher Steigerung, auf einem Markte oder von einem Kaufmanne, welcher mit derartigen Waren handelt, gutgläubig erworben worden, so muss sie nur gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises herausgegeben werden. In einem solchen Fall wird also dem Dritten eine Entlassung der Sache aus dem Pfändungsnexus nur gegen Erstattung des vom Betriebenen seinerzeit bezahlten Kaufpreises gewährt, wobei dann der letztere an Stelle des gepfändeten Gegenstandes tritt. Dabei muss selbstverständlich auch in diesem Falle

[10]) Vergl. BE XXIX (1), 57, 121; A VII, 123, 124 mit Anmerkung von Brand. Nicht hieher gehören dagegen die Fälle, wo der Drittschuldner einer gepfändeten Forderung behauptet, eine Gegenforderung zu besitzen. Diese Frage ist ihrer Natur nach nicht geeignet, das Verwertungsverfahren zu hemmen und daher auch nicht im vorliegenden Verfahren zu liquidieren; vergl. BE XXXIII (1), 31. Dagegen ist es wohl nur logisch, dass, wenn man die Anwendung des Verfahrens gemäss B 106 ff. auf gepfändete Forderungsrechte zulässt, dasselbe auch stattfindet hinsichtlich gepfändeter dinglicher Rechte, wie Niessbrauch und Gebrauchsrecht, und ebenso bei Gegenständen des Immaterialgüterrechtes. Behauptet bei der Pfändung derartiger Ansprüche daher ein Dritter, ein besonderes Recht auf dieselben zu besitzen, so ist ebenfalls gemäss B 109 zu verfahren; vergl. Art. 106, N. 3; Pedrazzini, S. 24; Peter, S. 377 ff. Dies ist aber natürlich nur dann der Fall, wenn der Gegenstand nicht etwa ein Kompetenzstück darstellt; vergl. BE XXVIII (1), 23.

das Recht des Dritten in dem durch B 106 ff. vorgesehenen Verfahren festgestellt werden.

II. Das Widerspruchsverfahren.[11])

Treffen die unter I erwähnten Voraussetzungen in einem bestimmten Falle zu, so hat der Betreibungsbeamte von Amtes wegen, also ohne dass es eines besondern Antrages bedürfte, das von der Praxis sogenannte Widerspruchsverfahren einzuleiten.[12]) Dasselbe bezweckt die Eruierung der Stellungnahme der in Betracht fallenden Personen zu der Frage, ob mit Bezug auf die betreffenden Gegenstände die vorgenommene Pfändung, sei es überhaupt, sei es im vollen Umfange, aufrecht zu halten ist oder nicht.

[11]) Der Ausdruck Widerspruchsverfahren findet sich in B nicht, er wurde vielmehr bisher von Doktrin und Praxis in Anlehnung an die Ausdrucksweise des § 771 der deutschen ZPO gewählt. Diese Bezeichnung wird neuerdings als nicht sachentsprechend angefochten von Emil Huber: Zur Natur der Klagen aus Art. 106/9 B, ZBJV XLIII, S. 585 ff. Derselbe führt aus, dass es sich um einen eigentlichen Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung nur handle, wenn der Dritte die gepfändete Sache als Eigentum beanspruche und deshalb ihre Entlassung aus dem Pfändungsnexus verlange, während, wenn sich der Anspruch bloss auf ein Pfandrecht basiere, der Dritte nicht Aufhebung der Vollstreckung, sondern das Recht zur Teilnahme an der letztern verlange. Die Hervorhebung dieses Unterschiedes ist zweifellos richtig. Zu weit geht aber die Ansicht, dass der Dritte im zweiten Falle nur eine Teilnahme an der hängigen Zwangsvollstreckung beanspruche. Er verlangt vielmehr, dass ihm die Sache als eigenes Vollstreckungsobjekt reserviert werde, was zur Folge hat, dass höchstens ein Überschuss über den von ihm beanspruchten Betrag hinaus als Pfändungsobjekt in Betracht fällt, so dass u. U. die Pfändung überhaupt illusorisch ist, indem gemäss B 126, Al. 1 und 141, Al. 1 eine Verwertung der Sache nur erfolgen kann, wenn das Angebot auf die letztere den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt (vergl. § 35, III, Ziff. 3, lit. a, dd. und § 36, III, Ziff. 2, lit. a, dd. hienach). Der Dritte widersetzt sich also auf jeden Fall der Behandlung der Sache im Sinne eines einfachen Pfändungsgegenstandes.

[12]) Der Betreibungsbeamte hat dabei nicht zu prüfen, ob der materiellrechtliche Anspruch des Dritten begründet ist oder nicht. Er hat vielmehr das Verfahren in jedem Falle anzusetzen; vergl. BE XXIX (1), 118; unrichtig dagegen BE XXV (1), 58.

Das Verfahren richtet sich dabei in seiner Gestaltung und in seinen Äusserungen nach den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen, und zwar kommt es darauf an, wer im Moment der Pfändung den Gewahrsam an der Sache hatte.[13]) Hievon macht nämlich das Gesetz die Stellung und die Tätigkeit abhängig, welche es den Beteiligten im Verfahren zuweist.

Gewahrsam bedeutet dabei — ganz abgesehen von allen rechtlichen Verhältnissen an der Sache — die durch rein tatsächliche Verumständungen geschaffene Gewalt über die letztere, welche ihrem Inhaber gestattet, über dieselbe körperlich zu verfügen. Wo sich deshalb mit Bezug auf eine Sache rechtliche und rein körperliche Gewaltverhältnisse gegenüberstehen, gehen die letztern den erstern bei der Bestimmung des Gewahrsams vor.[14]) Die Frage des Gewahrsams lässt sich deshalb nur von Fall zu Fall an Hand der tatsächlichen Verhältnisse entscheiden.[15])

Mit Rücksicht auf die Gewahrsamsverhältnisse unterscheidet das Gesetz zwei verschiedene Fälle des Widerspruchsverfahrens: Das Verfahren bei Innehabung des Gewahrsams durch den Schuldner und dasjenige im Falle des Gewahrsams eines Dritten an der Sache.

---

[13]) Der Zeitpunkt der Pfändung ist allein massgebend; vergl. BE XXVIII (1), 98.

[14]) Vergl. Reichel, Art. 106, N. 2, Jaeger, Art. 106, N. 1 und 2, Peter, S. 376, 380. Es geht daher mit Bezug auf den Gewahrsam der Pächter dem Verpächter, die tatsächlich innehabende Ehefrau hinsichtlich des zugebrachten Gutes dem nach ehelichem Güterrecht Eigentum oder Besitz habenden Ehemanne vor; vergl. BE XXII, 51, XXIV (1), 108, XXXIII (1), 32, SchwJZ V, 391. Ebenso können die Bestimmungen eines Vertrages, welche den sofortigen Übergang des Besitzes an der gekauften Sache vorsehen, der tatsächlich noch durch den Verkäufer ausgeübten Innehabung nicht entgegengehalten werden (BE XXV (1), 107), und ebensowenig ist die Eintragung im Grundbuch von Belang (BE XXX (1), 38).

[15]) Vergl. die Kasuistik bei Jaeger, Art. 106, N. 2, sowie im Generalregister zu BE XX—XXX, S. 425. Besondere Schwierigkeiten für die Beurteilung des Gewahrsams erheben sich, sofern der Schuldner nicht alleiniger Besitzer der Sache ist; vergl. BE XXIX (1), 82, 113.

1. Wird eine im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache von demselben als Eigentum oder Pfand eines Dritten bezeichnet, oder von einem Dritten als Eigentum oder Pfand beansprucht, so nimmt das Betreibungsamt hievon in der Pfändungsurkunde Vormerkung oder zeigt es, falls die Urkunde bereits zugestellt ist, den Parteien besonders an (B 106, Al. 1).[16] Diese Anzeige bezweckt, den Gläubiger und den Schuldner zur Stellungnahme gegenüber dem behaupteten Anspruch zu veranlassen. Deshalb wird ihnen beiden eine Frist von zehn Tagen angesetzt, innerhalb welcher sie beim Betreibungsamt den Anspruch des Dritten bestreiten können (B 106, Al. 2).[17] Die angesetzte Frist ist eine peremtorische. Erfolgt deshalb innerhalb derselben keine Bestreitung, so gilt der Anspruch des Dritten als anerkannt (B 106, Al. 3).

Diese Anerkennung bezieht sich aber nicht etwa auf das vom Dritten geltend gemachte materielle Rechtsverhältnis, sondern einzig und allein auf seinen betreibungsrechtlichen Anspruch, die gepfändete Sache ganz oder teilweise der Pfändung zu entziehen. Diese stillschweigende Anerkennung äussert deshalb ihre rechtliche Wirkung lediglich in dem gerade hängigen Betreibungsverfahren. Weder kann sie vom Dritten dem Schuldner in einem allfälligen materiellrechtlichen Vindikationsprozess entgegengehalten

[16]) Vergl. über die Form der Vormerkung auf der Pfändungsurkunde Verordnung Nr. 1, Art. 14. Bei der besondern Anzeige handelt es sich um eine einfache Mitteilung (vergl. § 20, II hievor). Aus dem Wortlaut in B 106, Al. 1 geht hervor, dass unter den Parteien, welchen die Anzeige gemacht wird, nur der Schuldner und der Gläubiger zu verstehen sind, da ja nur ihnen Pfändungsurkunden zugestellt werden; niemals also der Drittansprecher. Dabei ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass ein betreibender Gläubiger zugleich auch Drittansprecher ist; vergl. BE XXVII (1), 44, XXVIII (1), 88, XXIX (1), 121. Die Anzeige soll das beanspruchte Recht deutlich angeben; eine Unvollständigkeit derselben macht aber weder die Anzeige selber noch auch den Anspruch ungültig; vergl. BE XXX (1), 94.

[17]) Beim Vorhandensein mehrerer pfändender Gläubiger muss die Fristansetzung an jeden einzelnen geschehen; vergl. BE XXII, 113, XXIV (1), 28.

werden, noch auch ist sie für ein neues Betreibungsverfahren, in welchem die gleiche Sache wiederum gepfändet wurde, von Belang.[18])

Bestreitet der Gläubiger oder Schuldner den Anspruch des Dritten, so fordert das Betreibungsamt den letztern auf, binnen zehn Tagen gerichtliche Klage zu erheben (B 107, Al. 1).[19]) Da der Dritte erst in diesem Stadium vom Widerspruchsverfahren Kenntnis erhält, so müssen ihm zu seiner Information sowohl die bestreitenden Parteien als auch die in Betracht fallenden Gegenstände genau bezeichnet werden.[20])

Die Frist berechnet sich nach den allgemeinen Vorschriften in B 31 ff. (vergl. § 18, III hievor).[21]) Ihre Wirkung ist ebenfalls eine peremtorische. Kommt der Dritte der Aufforderung nicht nach, so wird angenommen, er verzichte auf seinen Anspruch (B 107, Al. 3). Der präsumierte Verzicht wirkt aber auch hier nur für das hängige Betreibungsverfahren und übt deshalb weder auf das materielle Rechtsverhältnis noch auf eine spätere Betreibung irgend eine Wirkung aus.[22])

Das Widerspruchsverfahren als solches ist ein rein betreibungsrechtliches Verfahren. Die Frage, ob dasselbe richtig durchgeführt wurde, ist daher von den Aufsichts-

---

[18]) Ebenso Jaeger, Art. 106, N. 20.

[19]) Diese Fristansetzung hat auch dann zu erfolgen, wenn die Pfändung eine bloss provisorische gemäss B 83 oder B 281 war; vergl. BE XXIV (1), 70.

[20]) Vergl. BE XXIV (1), 55. Dagegen hält die Praxis die Angabe der Gerichtsstelle, bei welcher geklagt werden muss, nicht für notwendig; vergl. BE XXV (1), 72. Aber auch hinsichtlich derjenigen Momente, welche angegeben werden müssen, machen Unvollständigkeiten die Anzeige nur dann unwirksam, wenn sie es dem Dritten faktisch verunmöglichen, die ihm obliegenden Vorkehren zu treffen; vergl. BE XXIII, 258, XXIX (1), 123.

[21]) Die Bestimmungen des kant. Prozessrechtes üben deshalb keinen Einfluss darauf aus; vergl. BE XXIII, 171, XXV (1), 61, sowie die bei Jaeger, Art. 106, N. 4 zit. frühere Judikatur.

[22]) Ebenso Jaeger, Art. 107, N. 15, Peter, S. 389, Pedrazzini, S. 46 ff, A V, 60 (Bern); dagegen wirkt der Verzicht für die hängige Betreibung absolut; vergl. BE XXIV (2), 61.

behörden im Beschwerdeverfahren zu beurteilen. Die Gerichte ihrerseits haben sich nur über seine rechtlichen Wirkungen auszusprechen.[23]) Die Beschwerde kann sich sowohl auf die Frage beziehen, wem die Frist anzusetzen ist, als auch auf die Art und Weise der Fristansetzung als solcher. Legitimiert zur Beschwerdeführung ist sowohl der Gläubiger, als der Schuldner, als auch der Dritte.[24])

2. Hat der Dritte selbst den Gewahrsam an der Sache, so vereinfacht sich das Widerspruchsverfahren dadurch, dass das ganze Benachrichtigungsverfahren wegfällt. Wenn nämlich die gepfändete Sache sich nicht im Gewahrsam des Schuldners, sondern bei einem Dritten befindet, welcher das Eigentum oder ein Pfandrecht an derselben beansprucht, so setzt das Betreibungsamt dem Gläubiger eine Frist von zehn Tagen, innerhalb welcher er gegen den Dritten gerichtliche Klage anheben kann. Wird diese Frist nicht benutzt, so gilt der Anspruch des Dritten als anerkannt (B 109).[25]) Dem Betriebenen selbst kommt hier ein Widerspruchsrecht nicht zu.

Bezüglich der Art und Weise der Ansetzung und Berechnung der Frist gilt auch hier das oben unter Ziff. 1 Gesagte.

III. Die Widerspruchsklage.

Die in B 107 und 109 vorgesehene Klage wird in der Praxis allgemein als Widerspruchsklage bezeichnet.[26])

1. Gegenstand der Klage ist die Streitfrage, ob das betreffende Vermögensstück schlechtweg und unbeschränkt der Zwangsvollstreckung zu Gunsten des in Betracht fallenden betreibenden Gläubigers zu dienen habe (im Pfändungsnexus verbleiben soll) oder nicht. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Konsequenzen:

[23]) Vergl. BE XXII, 148, XXIV (1), 52, XXVI (1), 67.

[24]) BE XXIII, 266, XXIV (1), 55. Die Praxis nimmt dabei an, dass eine unrichtige Fristansetzung durch Nichterhebung der Beschwerde konvalesziere.

[25]) Dieses Verfahren ist auch dann einzuschlagen, wenn der Dritte den Gewahrsam an der Sache nicht allein, sondern gemeinschaftlich mit dem Schuldner ausübt; vergl. Jaeger, Art. 109, N. 1; BE XXIV (1), 108, A II, 102, III, 123.

[26]) Gegen die Richtigkeit dieser Ausdrucksweise Huber, a. a. O., ZBJV XLIII, 585 ff; vergl. oben Note 11.

a. Die rechtliche Natur der Klage beruht nicht im materiellen, sondern ausschliesslich im Betreibungsrecht.[27]) Es handelt sich um eine Entscheidung der Gerichte über eine rein betreibungsrechtliche Frage, wie sie auch anderswo im B vorgesehen wird.[28]) Es soll von ihnen der berechtigte Umfang der Zwangsvollstreckung in die betreffenden Gegenstände festgestellt werden.[29]) Zu diesem Zwecke müssen allerdings die Gerichte auch auf eine Untersuchung des Vorhandenseins und der Natur des vom Ansprecher behaupteten dinglichen Rechtes eintreten. Ferner aber wird durch ihren Entscheid regelmässig auch das faktische Schicksal des letztern entschieden. Wir haben deshalb eine sog. betreibungsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse vor uns (vergl. § 10, II, Ziff. 3 hievor).

---

[27]) Nicht zutreffend ist deshalb für das schweizerische Recht die Ansicht, dass es sich um «die Geltendmachung eines materiellen Widerspruchrechtes» handelt, wie dies Frommhold, a. a. O., S. 222 für das deutsche Recht annimmt. Noch weniger aber kann es sich um eine rei vindicatio oder eine actio negatoria bezw. confessoria handeln (so Pedrazzini, S. 82 ff. und die dort zit. ausländische Literatur, sowie BE XXIV (1), 39). Für eine derartige materiellrechtliche Klage bieten die tatsächlichen Verhältnisse hier keinen Raum. Einmal soll ja — wie oben gezeigt — die Klage nur für ein bestimmtes Betreibungsverfahren Recht schaffen; ferner aber tritt nach der Vorschrift in B 107, 109 als Prozesspartei regelmässig der betreibende Gläubiger auf, welcher der Natur der Sache nach im Streit um das materielle Recht gar nicht legitimiert wäre.

[28]) v. Schruttka Rechtenstamm, a. a. O., Bd. II, S. 98 nennt daher die Klage geradezu ein Rechtsmittel gegenüber der Verfügung der Vollstreckungsbehörde. Auch die neuere bundesgerichtliche Praxis vertritt den Standpunkt der rein betreibungsrechtlichen Klage; vergl. BE XXXI (2), 102, XXXII (2), 100.

[29]) Man hat deshalb die Widerspruchsklage auch als Feststellungsklage bezeichnet; vergl. Peter, a. a. O., S. 384, Reichel, Art. 106, N. 1, Jaeger, Art. 107, N. 5. Diese Autoren äussern sich aber nicht deutlich darüber, worin der Feststellungsanspruch in casu bestehen soll. Festzustellen ist jedenfalls nicht der die Klage veranlassende materiellrechtliche Anspruch, sondern nur der Anspruch des Dritten auf gerichtlichen Schutz gegenüber der geplanten Vollstreckungsmassnahme.

b. Aus der Natur des Streitgegenstandes lässt sich ohne weiteres auch der Streitwert bestimmen. Da es sich nämlich in diesem Prozess nur um die Feststellung des mit Rücksicht auf die materiellen Ansprüche des Dritten zulässigen Umfanges der Zwangsvollstreckung handelt, so kann sich auch der Streitwert nur nach der pekuniären Bedeutung einer zuzulassenden Vollstreckung in den Gegenstand richten. Dabei ist zu unterscheiden, wie folgt:

aa. Der Anspruch des Dritten stützt sich auf ein behauptetes Eigentumsrecht. Ist dabei der Wert des gepfändeten Gegenstandes grösser als derjenige der in Betreibung gesetzten Forderung, so kann für die Berechnung des Streitwertes nur der Betrag der Forderung in Betracht fallen, da ja die gepfändete Sache nur soweit betreibungsrechtlich in Anspruch genommen werden soll, als es die Deckung der Forderung verlangt. Als in Betreibung gesetzt gilt dabei, wenn der betreibende Gläubiger selbst am Verfahren beteiligt ist, lediglich seine Forderung; ist dagegen gemäss B 107 der Schuldner Beklagter, so kommen alle Forderungen in Betracht, für welche die betreffende Pfändung ausgeführt wird. Ist anderseits der Wert des gepfändeten Gegenstandes kleiner als derjenige der Betreibungsforderung, so macht er für die Bestimmung des Streitwertes Regel, indem der pekuniäre Effekt der in Frage stehenden Pfändung naturgemäss nicht weiter reicht als dieser Wert.[30])

bb. Gründet sich der Anspruch des Dritten auf ein Pfandrecht oder auf ein anderes hier in Betracht kommendes dingliches Recht, so richtet sich der Streitwert nach dem Betrag, bezw. dem Wert des vom Dritten erhobenen Anspruches, sofern derselbe kleiner ist als der Wert des gepfändeten Gegenstandes, sonst aber nach diesem.[31])

---

[30]) So entscheidet richtig BE XXXI (2), 102 im Gegensatz zu BE XXX (2), 81, wo für jeden Fall einfach auf den Schatzungswert des gepfändeten Gegenstandes abgestellt wird. Zu bemerken ist dabei, dass die oben angedeutete Berechnungsart für die Fälle gemäss B 107, 109 in gleicher Weise gilt.

[31]) In diesem Sinne ist BE XXXI (2), 102 zu präzisieren, indem

Der Dritte will eben die Wirkung der Pfändung nur insoweit hemmen, als der gepfändete Gegenstand bezw. dessen Wert durch sein Recht in Anspruch genommen wird.

c. Gestützt auf die Natur des Streitgegenstandes lässt sich auch der Gerichtsstand der Widerspruchsklage, welcher in B 107, 109 nicht ausdrücklich angegeben wird, bestimmen.[32]) Wenn nämlich die Widerspruchsklage einzig die Feststellung des objektiven Umfanges der Zwangsvollstreckung, also eine an sich betreibungsrechtliche Frage betrifft, so muss sie logischerweise auch beim Gerichte des Betreibungsortes angebracht werden (vergl. § 11, I, Ziff. 2 hievor).[33])

Allerdings nimmt Doktrin und Praxis im allgemeinen an, dass es den Kantonen frei stehe, zugleich mit dem Prozessverfahren auch einen besondern Gerichtsstand zu bestimmen. In diesem Falle hätte freilich die oben gemachte Feststellung ihre rechtliche Bedeutung nur noch für den interkantonalen Rechtsverkehr.[34]) Es ist jedoch

---

dort für alle Fälle schlechtweg auf den Wert des Pfandrechtes abgestellt wird.

[32]) Vergl. Emil Huber: der Gerichtsstand der Widerspruchsklage. ZBJV XLIV, 649 ff.

[33]) Ebenso Reichel, Art. 107, N. 3 und Brand in der Anmerkung zu A XII, 40. Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht — allerdings nicht ohne einiges Schwanken — die Praxis der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes, welche den Ort der gelegenen Sache als massgebend ansieht; vergl. BE XXIV (1), 39 und ebenso Jaeger, Art. 107, N. 5. Huber, a. a. O, ZBJV XLIV, 649 ff. will — gemäss der von ihm in ZBJV XLIII, 585 ff. aufgestellten Theorie (vergl. oben Note 11) — unterscheiden, ob der Dritte auf Grund eines Pfandrechtes klagt, wobei ausschliesslich der Gerichtsstand des Betreibungsortes anerkannt wird, oder ob er gestützt auf einen Eigentumsanspruch Klage erhebt, wobei dann bei Liegenschaften der Pfändungsort, bei Mobilien dagegen nach der Wahl des Klägers der Pfändungsort oder aber der ordentliche Gerichtsstand des Beklagten in Betracht kommen soll. Dieses System wäre jedenfalls sehr kompliziert.

[34]) So BE XXIV (1). 37, 39; Jaeger, Art. 107, N. 5, Peter, a. a. O., S. 394. Es haben denn auch einige Kantone besondere Gerichtsstände vorgesehen und zwar meistens denjenigen der gelegenen Sache (Zürich, Neuenburg, Waadt); vergl. Huber, a. a. O., ZBJV XLIV, 650.

zweifelhaft, ob dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

d. Die Legitimation der ,Parteien endlich richtet sich nach der Art und Weise des vorausgegangenen Widerspruchsverfahrens. Im Falle eines Gewahrsams des Schuldners an der Sache (B 106, 107) muss gemäss den allgemeinen Prozessregeln der ansprechende Dritte als Kläger auftreten, während dem den Anspruch des Dritten bestreitenden Gläubiger oder Schuldner die Beklagtenrolle zufällt. Hat dagegen der Dritte den Gewahrsam an der Sache (B 109), so muss der Gläubiger gegen ihn als Beklagten klagend auftreten.

Die formelle Prozesslegitimation richtet sich nach dem kantonalen Prozessrecht. Nur hinsichtlich der Ehefrau bestimmt ein durch ZGBE 60 neugeschaffenes Alinea 5 in B 107: «Bei der gegen den Ehemann gerichteten Pfändung kann die Ehefrau ihre Rechte auf das eingebrachte Frauengut selbständig geltend machen, und es findet Art. 168, Abs. 2 ZGB keine Anwendung». Es bildet dies eine Ausnahme von der in ZGB 168, Al. 2 aufgestellten Regel, dass im Rechtsstreite mit Dritten um das eingebrachte Gut der Ehemann die Ehefrau zu vertreten hat.

2. Das Prozessverfahren ist in B nicht geregelt und daher dem kantonalen Recht überlassen. Dasselbe kann für die Durchführung des Rechtsstreites entweder den gewöhnlichen Zivilprozessweg oder aber das beschleunigte Verfahren gemäss B 25, Ziff. 1 vorsehen (vergl. § 11, II, Ziff. 1 und 2 hievor).

Immerhin ergeben sich ausdrücklich oder implicite aus B 107 und 109 verschiedene Grundsätze, welche auf den Verlauf des Prozesses von Einfluss sind.

a. Die Wirkung der Prozessanhebung wird in B 107, Al. 2 dahin umschrieben, dass, sobald der Dritte Klage erhebt, das Gericht in Hinsicht auf den streitigen Gegenstand die Einstellung der Betreibung bis zum Austrag der Sache verfügt, d. h. es werden alle Verwertungshandlungen mit Bezug auf diese spezielle Sache verboten, während natürlich hinsichtlich der übrigen gepfändeten

Gegenstände die Betreibung ihren Verlauf nimmt. Diese Verfügung wird durch das zur Beurteilung der Widerspruchsklage zuständige Gericht von Amtes wegen getroffen und besteht in einer Aufforderung an das Betreibungsamt, welches, sofern die Aufforderung vom zuständigen Gericht ausgeht, ohne weitere Überprüfung daran gebunden ist.[35])

Eine analoge Vorschrift enthält B 109 nicht. Sie ist hier aber auch nicht nötig, da ja der Dritte den Gewahrsam an der Sache hat, so dass ohne seinen Willen faktisch eine Verwertungshandlung nicht vorgenommen werden kann.[36])

b. Die zeitliche Beschränkung der Klageerhebung besteht darin, dass die Klage gültig nur binnen zehn Tagen seit der Zustellung der Klageaufforderung angehoben werden kann (B 107, Al. 1, 109). Mit dem unbenutzten Ablauf der Frist erlischt das Klagerecht von Gesetzes wegen. Die Einhaltung der Frist ist daher durch das urteilende Gericht als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen.[37]) Die Anhebung der Klage kann durch keine andern Prozessvorkehren, namentlich nicht etwa durch die Vorladung zum Sühneversuch ersetzt werden. Ebensowenig wird die Fristversäumnis durch einen Verzicht der Gegenpartei oder durch eine Wiedereinsetzung nach Massgabe des kantonalen Zivilprozessrechtes geheilt

---

[35]) Ebenso BE XXIX (1), 17. Ohne ausdrückliche Verfügung des Gerichtes tritt die Einstellungswirkung nicht ein; vergl. BE XXX (1), 133. Wenn der Anspruch des Dritten aber erst im Verwertungsverfahren erhoben wurde, können die Vollstreckungsbehörden die bereits angesetzte Steigerung von sich aus verschieben, vergl. A IX, 32.

[36]) Ebenso im Resultat BE XXX (1), 68. A VIII, 106, wo angenommen wird, dass mit der Fristansetzung an den Gläubiger die Betreibung ipso jure eingestellt sei. Dagegen befürwortet Jaeger, Art. 109, N. 8 eine der in B 106, Al. 2 vorgesehene analoge Verfügung.

[37]) Die Frage, ob die Fristansetzung, wie sie durch das Betreibungsamt getroffen wurde, gerechtfertigt war oder nicht, hat das Gericht nicht zu prüfen, da die Fristansetzung als eine reine Funktion des Vollstreckungsverfahrens nur der Überprüfung durch die Aufsichtsbehörden untersteht; a. M. BE XXIV (2), 61.

(vergl. § 18, IV, hievor). Endlich aber findet auch keine Unterbrechung oder Verlängerung der Frist durch Betreibungsferien oder Rechtsstillstand statt (vergl. § 19, III, Ziff. 2 hievor).

3. Das Urteil im Widerspruchsprozess äussert seine Wirkungen nach folgenden Richtungen hin:

a. Es wirkt nur unter denjenigen Parteien, welche den Prozess durchgeführt haben. Hat also von mehreren Gläubigern nur einer den Prozess aufgenommen und ein obsiegliches Urteil erhalten, so darf der Gegenstand zu Gunsten derjenigen Gläubiger, die sich nicht am Prozess beteiligten, nicht verwertet werden, bezw. es partizipieren dieselben nicht am Erlös.

b. Das Urteil wirkt nur für das betreffende Betreibungsverfahren. Wenn in einem spätern Betreibungsverfahren der gleiche Gegenstand von neuem gepfändet wird, so kann sich weder der Dritte, noch der Gläubiger, noch auch der Schuldner auf das anlässlich der frühern Betreibung gefällte Urteil im Widerspruchsprozess berufen.[38])

c. Die Wirkung des Urteils ist eine ausschliesslich betreibungsrechtliche. In einem allfällig nachfolgenden Zivilrechtsstreit über die vom Dritten an der betreffenden Sache beanspruchten dinglichen Rechte äussert das im Widerspruchsprozess gefällte Urteil keinerlei Rechtskraftwirkung, da es eben rein betreibungsrechtliche Zwecke verfolgte.

d. Umgekehrt können die betreibungsrechtlichen Wirkungen eines Urteils im Widerspruchsprozesse nicht durch ein Zivilurteil ersetzt werden, welches in einem über die in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse geführten Zivilprozess gefällt wurde. Es kann auch nicht etwa auf Grund eines derartigen Zivilurteiles vom Beklagten im Widerspruchsprozess die Einrede der beurteilten Sache erhoben werden.[39])

[38]) Ebenso BE XXVIII (1), 120. Dagegen kann der Gläubiger nicht etwa die Wirkung eines zu seinen Ungunsten ausgefallenen Urteils dadurch paralysieren, dass er für die nämliche Forderung neuerdings Betreibung anhebt und Pfändung verlangt. Für die nämliche Forderung darf vielmehr der durch das Urteil freigegebene Gegenstand nicht mehr gepfändet werden; vergl. BE XXVI (1), 68.

[39]) Vergl. BE XX, 20.



§ 33.

Die Beteiligung mehrerer Gläubiger an der Pfändung. [1])

I. Begriff und Arten.

Die Pfändung wird immer nur auf Antrag eines bestimmten Gläubigers zur Deckung seiner in Betreibung gesetzten Forderung vorgenommen. Sie schafft aber kein absolutes und ausschliessliches Vorrecht dieses Gläubigers auf die gepfändeten Gegenstände bezw. deren Erlös (Betreibungspfandrecht). Vielmehr sind auch andere Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen berechtigt, an der geschehenen Pfändung zu partizipieren (vergl. § 29, III hievor).

Diese Teilnahme gestaltet sich in der Weise, dass diejenigen Gläubiger, für welche innerhalb einer gewissen Frist seit der Vornahme der ersten Pfändung die Voraussetzung einer Pfändung (Durchführung des Einleitungsverfahrens und Stellung des Pfändungsbegehrens) ebenfalls erfüllt sind, in die für den ersten Gläubiger vorgenommene Pfändung von Gesetzes wegen miteintreten (sog. Anschlusspfändung) und zum Zwecke der gemeinsamen Befriedigung mit jenem eine Gläubigergruppe bilden.

Für Gläubiger und Forderungen bestimmter Art werden die Bedingungen des Pfändungsanschlusses dadurch erleichtert, dass für sie bestimmte Voraussetzungen der Pfändung, nämlich die Durchführung des Einleitungsverfahrens zur Anschlusspfändung nicht verlangt werden (sog. privilegierte Anschlusspfändung).[2])

[1]) Lit. Curti: Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung; Diss. Zürich 1894, S. 59 ff.

[2]) Das hier gewählte System bildet eine Vermittlung zwischen dem gemeinrechtlichen Pfändungssystem, welches ein ausschliessliches Vorrecht des Gläubigers an der gepfändeten Sache schaffte, und dem Konkurs, welcher die Verwertung aller Vermögensstücke des Schuldners zur gemeinschaftlichen Befriedigung sämtlicher Gläubiger vorsieht, bezw. der im Code civil français, Art. 2093 und Code de procédure civil, Art. 609, 656 – 672 geregelten sog. distribution par contribution, welche die Güter des Schuldners als das gemeinschaftliche Pfand (gage commun) sämtlicher Gläubiger bezeichnet.

II. Die einfache Anschlusspfändung.

Gläubiger, welche innerhalb dreissig Tagen nach dem Vollzug einer Pfändung das Pfändungsbegehren stellen, nehmen an derselben teil (B 110, Al. 1).

1. Die Voraussetzungen der einfachen Anschlusspfändung sind rein betreibungsrechtlicher Natur.

a. Der betreibende Gläubiger muss das Einleitungsverfahren erfolgreich durchgeführt haben, so dass er nach gesetzlicher Vorschrift befugt ist, das Pfändungsbegehren zu stellen. Es darf also gegenüber dem für ihn erlassenen Zahlungsbefehl ein Rechtsvorschlag nicht erfolgt, bezw. es muss derselbe beseitigt worden sein. Ebenso muss natürlich die für ihn angehobene Betreibung ihrer Natur nach auf dem Wege der Pfändung fortgesetzt werden können.[3])

Eine Ausnahme von dieser Regel sieht B 281, Al. 1 für den Fall des Arrestes vor. Werden nämlich nach Ausstellung des Arrestbefehls die Arrestgegenstände von einem andern Gläubiger gepfändet, bevor der Arrestgläubiger selbst das Pfändungsbegehren stellen kann, so nimmt der letztere von Rechtes wegen provisorisch an der Pfändung teil.[4])

Eine weitere Ausnahme von dem Requisit der Durchführung des Einleitungsverfahrens tritt ein, wenn der Gläubiger im Verwertungsverfahren einen Verlustschein erhielt und binnen sechs Monaten seit Zustellung des letztern die Betreibung neuerdings fortsetzt (B 149, Al. 3), und ferner

---

Das im B angenommene System sollte nach der Absicht des Gesetzgebers einen Kompromiss zwischen den in den verschiedenen Vorentwürfen vertretenen Meinungen darstellen. Vergl. darüber Reichel, Art. 110, N. 1, Curti, S. 60 ff., sowie die dort zit. Literatur.

[3]) Dagegen ist nicht notwendig, dass das gleiche Betreibungsamt, welches die erste Pfändung vornahm, auch zur Vornahme der neuen Pfändung zuständig wäre. Vielmehr kann der Anschluss auch auf dem Requisitionswege durch das zuständige Amt verlangt werden; vergl. BE XXVII (I), 113. Eine Anschlusspfändung, welche trotz Fehlens eines gültigen Einleitungsverfahrens stattfand, kann von jedem pfändenden Gläubiger auf dem Beschwerdewege angefochten werden; vergl. A IX, 9.

[4]) Der Anschluss kann also hier niemals an eine vor der Arrestbewilligung vorgenommene Pfändung erfolgen; vergl. A I, 25.

dann, wenn ein im Besitze eines Pfandausfallscheines befindlicher Gläubiger binnen Monatsfrist Pfändung verlangt (B 158, Al. 2).

b. Der Gläubiger muss ausdrücklich das Pfändungsbegehren gemäss B 88, Al. 1 gestellt haben. Dagegen braucht er seinerseits nicht Anschluss zu verlangen, sondern es wird der letztere, sobald die gesetzlichen Requisite vorhanden sind, von Amtes wegen vorgenommen, d. h. der Gläubiger nimmt eben von Gesetzes wegen an der hängigen Pfändung teil. Und zwar genügt das Pfändungsbegehren auch dann, wenn es bloss provisorisch gestellt werden konnte (B 83, Al. 1; vergl. § 27, V, Ziff. 1 hievor).

Eine Ausnahme von dem Erfordernis der Stellung des Pfändungsbegehrens findet beim Arrest statt (B 281, Al. 1; vergl. oben lit. a).

c. Das Pfändungsbegehren muss innerhalb dreissig Tagen nach dem Vollzug der ersten Pfändung gestellt werden, und zwar beginnt diese Frist mit demjenigen Moment zu laufen, in welchem die erste Pfändung faktisch durchgeführt wurde.[5]) Über die Bedeutung und Berechnung der Frist vergl. § 18 hievor.[6])

Wenn der Gläubiger sein Pfändungsbegehren rechtzeitig gestellt hat, so ist sein Anschlussrecht gesichert, ohne Rücksicht auf das Verhalten des Betreibungsamtes.[7])

2. Die Wirkung des Anschlusses besteht in der Teilnahme an der für den erstbegehrenden Gläubiger

---

[5]) Also nicht etwa schon mit der Einreichung des ersten Pfändungsbegehrens (vergl. BE XXIII, 167, A XI, 7), sondern erst dann, wenn der Pfändungsakt als solcher seinen Abschluss gefunden hat, auch wenn dies infolge besonderer Verhältnisse mehrere Tage dauern sollte (vergl. BE XXX (1), 70).

[6]) Eine Unterbrechung des Fristenlaufes durch Betreibungsferien oder Rechtsstillstand gemäss B 63 findet nicht statt, da es sich nicht um eine zu Gunsten des Schuldners gesetzte Frist handelt und der Gläubiger sein Begehren auch während jener Zeit stellen kann (vergl. § 19, III, Ziff. 2, lit. b hievor). Ebenso Jaeger, Art. 110, N. 1; A VII, 94, ZBJV XXXV, 649; dagegen unbestimmt BE XXIV (1), 99.

[7]) Vergl. A III, 125. Massgebend ist dabei gemäss B 32 das Datum der Postaufgabe; vergl. A I, 63.

vorgenommenen Pfändung (B 110, Al. 1). Diese Wirkung tritt, sobald die Voraussetzungen erfüllt sind, von Gesetzes wegen ein. Sie braucht also nicht nachgesucht zu werden, und der Gläubiger wäre meistenteils dazu gar nicht imstande, da er ja nicht wissen kann, ob schon von anderer Seite Pfändungsbegehren eingelaufen sind.

Gegen aussen zeigt sich das Resultat dieser Wirkung in der sog. Gruppenbildung. Diejenigen Gläubiger, welche innerhalb der dreissigtägigen Frist seit der ersten Pfändung ebenfalls das Pfändungsbegehren gestellt haben, bilden mit dem erstpfändenden Gläubiger zusammen eine Pfändungsgruppe. Diese Gruppenbildung wird aber nach Ablauf der genannten Frist in analoger Weise fortgesetzt, d. h. Gläubiger, deren Pfändungsbegehren erst nach Ablauf der dreissigtägigen Frist einlaufen, bilden in derselben Weise weitere Gruppen mit gesonderter Pfändung (B 110, Al. 2).

a. Die rechtliche Natur der Gruppenbildung äussert sich aber nicht etwa in der Schaffung einer korporativen Verbindung gewisser Gläubiger. Weder nach aussen noch nach innen können wir irgendwelche Äusserungen konstatieren, welche auf eine derartige Bildung hinweisen würden. Die Gläubiger der gleichen Gruppe gehen nicht gemeinschaftlich vor, sondern jeder handelt für sich selbst, wie wenn er alleinpfändender Gläubiger wäre. Er hat alle betreibungsrechtlichen Massnahmen für sich selbst zu treffen, und dieselben äussern regelmässig ihre Wirkungen auch nur für ihn.[8]) Eine Ausnahme von dieser Regel bildet nur das Verwertungsbegehren (B 116). Das Recht, Verwertung zu verlangen, steht in einer Gläubigergruppe jedem

[8]) Dies zeigt sich namentlich in der Stellungnahme der Gläubiger zu allfälligen Ansprüchen Dritter gemäss B 106, 109. Jeder Gläubiger hat für sich die dort vorgesehenen Handlungen vorzunehmen, und es sind jedem die gesetzlichen Fristen anzusetzen. Das von einem Gläubiger im Widerspruchsprozess erlangte Urteil wirkt nur für und gegen ihn, und es ist ein von ihm erstrittener Prozessgewinn in erster Linie zu seiner Deckung zu verwenden (vergl. BE XXII, 113, XXVIII (1), 88, XXIX (1), 116). Ebenso verhält es sich beim Kollokationsprozess gemäss B 148 (vergl. BE XXIV (1), 22).

Teilnehmer zu (B 117, Al. 1). Ist es aber von einem Gruppengläubiger gestellt, so wirkt es auch für die andern, d. h. es muss eben der Natur der Sache nach verwertet werden, sobald ein Teilnehmer der Gläubigergruppe es verlangt, weshalb weitere Verwertungsbegehren hiezu nicht mehr nötig sind.

Die Existenz der Gruppe ist aber auch nicht vom Fortbestehen der erstangehobenen Pfändung abhängig. Fällt deshalb aus irgend einem Grunde die Betreibung des erstpfändenden Gläubigers dahin, so ist dies auf die infolge Anschlusspfändung entstandenen Rechte und Pfändungsverhältnisse ohne Einfluss.

Mit Rücksicht auf die angeführten Erscheinungen hat man in Theorie und Praxis die Pfändungsgruppe als eine Art Interessengemeinschaft charakterisiert.[9]) Jeder teilnehmende Gläubiger hat aber dabei natürlich ein Interesse daran, dass seine Gruppe so klein wie möglich bleibt, indem dies für die Aussichten seiner eigenen Befriedigung von Wichtigkeit ist. Er ist deshalb zur Beschwerdeführung gegen jeden Pfändungsanschluss legitimiert, welcher nicht den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht.[10])

b. Der Einfluss der Gruppenbildung auf die Pfändung selber besteht in der sog. Ergänzungspfändung. Infolge eines Gläubigeranschlusses nämlich wird die erste Pfändung jeweilen insoweit ergänzt, als dies zur Deckung sämtlicher Forderungen einer solchen Gläubigergruppe notwendig ist (B 110, Al. 1).

Die Vornahme der Ergänzungspfändung erfolgt ohne einen dahin zielenden Antrag der Gläubiger von Amtes wegen, und es ist dabei in das Ermessen des Betreibungsbeamten gestellt, ob, bezw. in welchem Umfange er eine derartige Ergänzung für nötig erachtet, wogegen natürlich jeder Gruppengläubiger Beschwerde führen kann.

---

[9]) Vergl. Curti, S. 125; BE XXII, 113, XXIII, 136. Die von Curti gewählte Bezeichnung als communio incidens wird allerdings kaum als juristisch zutreffend anerkannt werden können.

[10]) Eine Beschwerde ist namentlich auch dann gegeben, wenn die Betreibung, welche zur Anschlusspfändung führte, an sich gesetzwidrig ist; vergl. BE XXX (1), 101.



Die Verurkundung der Ergänzungspfändung geschieht in der Weise, dass die Teilnahme neuer Gläubiger an einer Pfändung und die Ergänzungen der letztern auf der Pfändungsurkunde nachgetragen werden. Der Gläubiger, welcher als Teilnehmer hinzutritt, erhält eine Abschrift der ganzen Pfändungsurkunde, die andern Gläubiger und der Schuldner erhalten je eine Abschrift des Nachtrages (B 114; vergl. § 30, VI, Ziff. 1 und 3 hievor).

Voraussetzung der Ergänzungspfändung ist nach dem Wortlaut in B 110, Al. 1 der Anschluss neuer Gläubiger an eine Pfändung und die hieraus resultierende Insuffizienz der gepfändeten Gegenstände zur Deckung der in Betreibung liegenden Forderungen. Durch diese Voraussetzung unterscheidet sich die Ergänzungspfändung von der — in der Praxis sogenannten — Nachpfändung gemäss B 145, welche der Betreibungsbeamte vorzunehmen hat, sofern sich bei der Verwertung der gepfändeten Gegenstände ergibt, dass der Erlös die in Betracht fallenden Forderungen nicht deckt (vergl. § 37, II, Ziff. 3, lit. b). Eine Ergänzungspfändung im technischen Sinn kann also ohne vorhandene Anschlusspfändung nicht stattfinden.[11])

[11]) Aus rein praktischen Erwägungen wird aber in Judikatur uud Literatur angenommen, dass, ganz abgesehen von der Ergänzungspfändung gemäss B 110, Al. 1, ein Gläubiger das Recht habe, zu verlangen, dass nach Vollzug der Pfändung für ihn neuerdings gepfändet wird, sofern die für ihn bisher gepfändeten Gegenstände voraussichtlich nicht hinreichen, um seine Forderung zu decken. Es stellt dies natürlich weder eine Ergänzungspfändung gemäss B 110, Al. 1, noch auch eine Nachpfändung gemäss B 145 dar, wird aber von der Praxis mit der Motivierung zugelassen, dass der Gläubiger mit Rücksicht auf den Zweck der Betreibung überhaupt befugt sein müsse, beizeiten für seine vollständige Befriedigung zu sorgen, und dass ferner eine derartige Komplettierung der Pfändung auch die Interessen des Schuldners besser wahre, als die Nachpfändung gemäss B 145, welche namentlich eine etwas summarische Verwertung nach sich zieht; vergl. BE XXIII, 260, XXV (1), 114, XXX (1), 139; Curti, S. 95 ff., sowie in A III, 119; Wolf, A III, 108; Fischer, A III, 119. Weil sie im Gesetze nicht vorgesehen ist, kann der Betreibungsbeamte eine derartige Komplettierung nicht von Amtes wegen, sondern nur auf ausdrückliches Begehren hin vornehmen. Da es sich ferner dabei nicht um eine Ergänzungspfändung gemäss B 110,

Eine Befristung der Vornahme sieht das Gesetz für die Ergänzungspfändung nicht vor. Die Praxis hat jedoch entschieden, dass dieselbe nur während der dreissigtägigen Anschlussfrist gemäss B 110, Al. 1 zulässig sei.[12]) Dies wäre aber in dem Falle faktisch nicht möglich, wo der letzte Anschluss an eine vorgenommene Pfändung zu Ende der Anschlussfrist erklärt wird.[13]) Es kann deshalb nicht ohne weiteres auf die dreissigtägige Frist abgestellt werden. Entscheidend ist vielmehr — wie oben gezeigt — in jedem einzelnen Fall, ob die Ergänzung der Pfändung erfolgen muss mit Rücksicht auf das Hinzutreten neuer pfändender Gläubiger oder nicht.[13a]) Ist dies nicht der Fall, so findet eben keine Ergänzungspfändung gemäss B 110, Al. 1 statt. Es kann — abgesehen von der Nachpfändung gemäss B 145 — höchstens auf ausdrückliches Begehren eines Gläubigers die Vervollständigung der für ihn vorgenommenen Pfändung erfolgen (vergl. oben Note 11). Der Unterschied ist dabei ein eminent praktischer. Während nämlich die Ergänzungspfändung gemäss B 110, Al. 1 ihrem Wesen nach nur einen Anhang zu der bereits früher geschehenen in sich abgeschlossenen Pfändung darstellt, bilden sowohl die Nachpfändung gemäss B 145 als auch die von der Praxis zugelassene Vervollständigung einer geschehenen Pfändung eine neue Pfändung, an welche gemäss B 110, Al. 1 alle Gläubiger anzuschliessen sind,

---

Al. 1 handelt, so muss in diesem Fall das Vorliegen einer selbständigen Pfändung angenommen werden. Es läuft deshalb von der Vornahme dieser Pfändung an eine neue Teilnahmefrist gemäss B 110, Al. 1, d. h. alle Glänbiger, welche binnen dreissig Tagen von dieser Pfändung hinweg ein Pfändungsbegehren stellen, nehmen an der ersteren teil (vergl. A V, 2; Jaeger, Art. 110, N. 5).

[12]) Vergl. BE XXIV (1), 150.

[13]) Dies hebt Jaeger, Art. 110, N. 5 richtig hervor. In neuerer Zeit scheint sich auch das Bundesgericht zu dieser Ansicht hinzuneigen, indem es annimmt, dass die Ergänzungspfändung auch «unmittelbar nach Ablauf der dreissigtägigen Frist» erfolgen könne (vergl. BE XXX (1), 139). Diesem Urteil ist darin beizustimmen, dass natürlich mit der Vornahme einer Ergänzungspfändung nicht beliebig lang zugewartet werden kann.

[13a]) A. M. im Widerspruch zum Gesetzestext BE XXIV (1), 150.

welche binnen dreissig Tagen seit der Vornahme dieser Pfändung ebenfalls das Pfändungsbegehren stellten. Die Ergänzungspfändung dagegen gibt niemals zur Bildung einer neuen Pfändungsgruppe Anlass.

Das charakteristische Merkmal der Ergänzungspfändung besteht in ihrer Abhängigkeit von der Hauptpfändung. Dieselbe zeigt sich namentlich darin, dass sie mit der letztern steht und fällt[14], indem natürlich die Ergänzung einer nicht mehr bestehenden Pfändung an sich nicht denkbar ist. Im fernern aber verlängert die Vornahme einer Ergänzungspfändung auch nicht die Frist zum Anschluss an die Hauptpfändung gemäss B 110, da sie nicht einen Bestandteil derselben, sondern nur eine spätere Fortsetzung bildet.[15])

Eine Streitfrage von grosser praktischer Bedeutung geht dahin, ob die Ergänzungspfändung — im Gegensatz zur Nachpfändung gemäss B 145 — ohne Rücksicht auf die inzwischen erfolgten neuen Pfändungen erfolgen könne oder nicht, d. h. ob dem erstpfändenden Gläubiger, bezw. der im Anschluss an seine Pfändung gebildeten Gläubigergruppe, ein betreibungsrechtliches Vorrecht auf das ganze Vermögen des betriebenen Schuldners zusteht oder nicht.[16]) Die Frage ist richtigerweise zu verneinen. Jedem pfändenden Gläubiger wird nur dasjenige Vermögen des Schuldners verhaftet, welches ausdrücklich für ihn gepfändet worden ist. Wird deshalb nachträglich eine Ergänzung dieser Pfändung gemäss B 110, Al. 1 notwendig, so kann hiezu das Vermögen des Schuldners nur insofern in Anspruch genommen werden, als es nicht bereits für andere Gläubiger gepfändet wurde.[17]) Dies ergibt

---

[14]) Z. B. wenn diese wegen irgendwelcher Mängel aufgehoben wird; vergl. BE XXX (1), 101.

[15]) Ebenso BE XXIV (1), 53, XXX (1), 139; A III, 137.

[16]) Die Frage wurde bejaht von Curti in A III, 119; dagegen verneint von Wolf, A III, 108 und von Fischer, A III, 119. Nicht ganz klar ist in dieser Beziehung BE XXVII (1), 114.

[17]) Damit ist m. E. auch die Möglichkeit eines Anschlusses einer frühern Gruppe im Wege der Ergänzungspfändung an die Pfändung einer spätern Gruppe ausgeschlossen. Die Vornahme der

sich auch aus der oben dargelegten Natur der Ergänzungspfändung als späterer Fortsetzung der Hauptpfändung.

c. Das Verhältnis mehrerer Pfändungsgruppen zu einander regelt sich im Sinne einer vollständigen Unabhängigkeit. Die Gläubiger, deren Pfändungsbegehren erst nach Ablauf der dreissigtägigen Frist einlaufen, bilden Gruppen mit gesonderter Pfändung (B 110, Al. 2). Die Verwertung der gepfändeten Gegenstände für die eine und die andere Gruppe geschieht durchaus selbständig.[18])

Dabei aber können bereits gepfändete Vermögensstücke für eine spätere Gruppe neuerdings gepfändet werden, jedoch nur soweit, als deren Erlös nicht den Gläubigern, für welche die vorgehende Pfändung stattgefunden hat, auszurichten sein wird (B 110, Al. 3). Eine derartige Pfändung des Mehrerlöses ist also in jedem Falle zulässig. Es braucht zur Zeit ihrer Vornahme weder nachgewiesen, noch auch nur wahrscheinlich zu sein, dass ein Mehrerlös überhaupt erzielt werden wird.[19]) Ein Streit zwischen mehreren Pfändungsgruppen über ihr Rangverhältnis, bezw. über ihre

---

Ergänzungspfändung entspricht eben nicht den Voraussetzungen, welche B 110, Al. 1 für die Vornahme einer Anschlusspfändung verlangt. Es wird hier namentlich kein Pfändungsbegehren gestellt. Selbstverständlich ist dabei, dass wenn die Gläubiger der ersten Gruppe nicht auf dem Wege der Ergänzungspfändung in die Rechte einer spätern Gruppe eingreifen können, sie dies auch nicht in der Weise tun können, dass sie einfach die von der Praxis zugelassene Vervollständigung ihrer Pfändung (vergl. oben Note 11) verlangen. Mit andern Worten, es müssen eben auch bei der Vornahme einer derartigen Vervollständigung die Rechte aller inzwischen erfolgter Pfändungen gewahrt werden.

[18]) Die Gläubiger der einen Gruppe haben deshalb kein Recht, sich in das Betreibungsverfahren hinsichtlich der Forderungen einer andern Gruppe einzumischen. Namentlich können sie nicht die Zulassung solcher Forderungen im Kollokationsplan anfechten; vergl. BE XXIV (1), 63, XXV (1), 114, XXVIII (1), 47.

[19]) Ebenso Jaeger, Art. 110, N. 8; A II, 53; ZBJV XXXI, 14. Eine solche Pfändung gemäss B 110, Al. 3 ist auch bei der Lohnpfändung möglich. Die Jahresfrist, auf welche hinaus die Praxis künftigen Lohn pfänden lässt (vergl. § 31, III, Ziff. 1, lit. a), beginnt dabei für jede Gruppe in dem Moment, in welchem die

Rechte an einem gepfändeten Gegenstand ist im Beschwerdeweg auszutragen.[20])

III. Die privilegierte Anschlusspfändung.

Während die einfache Anschlusspfändung lediglich ein Zusammentreffen verschiedener nach dem regelmässigen Verfahren zustandegekommener Pfändungen darstellt, bildet die privilegierte Anschlusspfändung eine besondere betreibungsrechtliche Erscheinungsform.

1. Ihrer rechtlichen Natur nach ist sie gegenwärtig noch ein in fakultativer Weise dem kantonalen Recht zur Einführung überlassenes Institut. Die Kantone können der Ehefrau, den Kindern, Mündeln und Verbeiständeten des Schuldners das Recht einräumen, für Forderungen aus dem ehelichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnisse während einer dreissig-, bezw. vierzigtägigen Frist auch ohne vorgängige Betreibung an der Pfändung teilzunehmen (B 111, Al. 1).[21]) Fakultativ ist aber dabei bloss die Einführung als solche. Wird das Institut in einem Kanton eingeführt, so kann dies nur in den durch B 111 vorgesehenen Formen geschehen.[22])

Der fakultative Charakter der Anschlusspfändung wird nun aber durch ZGBE 60 abgeschafft, indem die darin enthaltene neue Redaktion in B 111, Al. 1 schlechtweg vorschreibt: «Der Ehegatte, die Kinder, Mündel und Verbeiständeten des Schuldners haben das Recht, für Forderungen aus dem ehelichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnisse während einer Frist von vierzig Tagen auch ohne vorgängige Betreibung an einer Pfändung teilzunehmen.»

Pfändung für sie faktisch erfolgte; vergl. BE XXIV (1), 23, XXX (1), 145.

[20]) Vergl. A V, 75.

[21]) Die privilegierte Anschlusspfändung ist in allen Kantonen eingeführt, ausser in Thurgau und in Baselstadt, soweit die Ehefrau betreffend; vergl. die Wiedergabe der Bestimmungen bei Brand und Wasem, S. 417 ff.; dazu Jaeger, Art. 111, N. 1.

[22]) Über die Entstehungsgeschichte der Vorschrift vergl. Reichel, Art. 111, N. 1.

Der Zweck und damit auch die juristische Rechtfertigung des Institutes besteht in einem betreibungsrechtlichen Schutze derjenigen Personen, welche faktisch und rechtlich regelmässig nicht imstande sind, ihre vermögensrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Schuldner vor der Pfändung zu wahren, indem diese Ansprüche bezw. ihre Geltendmachung gesetzlich oder tatsächlich gebunden sind.

2. Die Voraussetzungen der privilegierten Anschlusspfändung sind, wie aus dem eben Gesagten hervorgeht, nicht sowohl betreibungsrechtlicher, als vielmehr privatrechtlicher Natur. Sie bestehen in einer gewissen rechtlichen Beziehung des Gläubigers zum Schuldner, sowie in einer bestimmten familienrechtlichen Beschaffenheit der zu exequierenden Ansprüche. Dass die betreffenden Forderungen im Zeitpunkte der Pfändung auch bereits fällig seien, wird im Gesetz nicht gefordert.

a. Die in Betracht fallenden Ansprüche charakterisieren sich wie folgt:

aa. Forderungen aus dem ehelichen Verhältnis.[23]) Die neue Fassung in B 111, Al. 1 (ZGBE 60) bringt in dieser Beziehung eine Erweiterung gegenüber dem bisherigen Recht. Gegenwärtig kommen nämlich hier nur diejenigen Ansprüche in Betracht, welche die Ehefrau dem Ehemann gegenüber nach Massgabe des zwischen ihnen geltenden ehelichen Güterrechtes besitzt. Und zwar ist dabei das kantonale Recht des jeweiligen Wohnsitzes der Ehegatten massgebend. (Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, Art. 19, Al. 2).[24]) Es handelt sich also lediglich um Forderungen der Ehefrau aus dem Verwaltungs- oder Gewaltsverhältnis, welches das betreffende Güterrecht dem Manne über das Vermögen seiner Frau einräumt.

[23]) Die nämlichen Ansprüche gelten im Konkurs als privilegierte Forderungen (B 219).

[24]) Eine sehr sorgfältige und eingehende Darstellung des in Betracht fallenden kantonalen Rechtes gibt Rambert: Les droits de la femme dans la faillite du mari ou en cas de poursuite dirigée contre lui par voie de saisie; Diss. Lausanne, 1896, speziell p. 111 ss.

Die neue Fassung in B 111, Al. 1 (ZGBE 60) zählt nun hierher die gegenseitigen güterrechtlichen Ansprüche der Ehegatten überhaupt, somit auch die des Ehemannes gegenüber der Ehefrau. Es ist dies die logische und notwendige Folge der Vorschrift in ZGB 173, wonach während der Ehe unter den Ehegatten die Zwangsvollstreckung bezüglich ihrer gegenseitigen Ansprüche nur in den vom Gesetze bezeichneten Fällen zulässig ist. Damit durch diese Bestimmung nicht etwa der eine Ehegatte gegenüber den Gläubigern des andern benachteiligt wird, sieht eben ZGB 174, Al. 1 u. a. die allgemeine Regel vor, dass, wenn gegen einen Ehegatten von dritter Seite die Schuldbetreibung angehoben wird, der andere Ehegatte befugt ist, sich für seinen Anspruch der Pfändung anzuschliessen oder sich am Konkurse zu beteiligen. Die neue Fassung in B 111, Al. 1 bildet eine spezifisch betreibungsrechtliche Ausführung jener allgemeinen Vorschrift. Die hier in Betracht fallenden gegenseitigen güterrechtlichen Ansprüche der Ehegatten sind verschieden je nach dem unter ihnen bestehenden Güterrechtssystem.[25])

In keinem Falle können solche Ansprüche der Ehegatten gegeneinander, bezw. unter dem gegenwärtigen Recht der Ehefrau gegenüber dem Ehemann, auf dem Wege der Anschlusspfändung geltend gemacht werden, welche ihrer

---

[25]) Für das System der Güterverbindung gibt ZGB 210 der Ehefrau das Recht, bei der Pfändung von Vermögenswerten des Ehemannes ihre Ersatzforderung für das eingebrachte und nicht mehr vorhandene Frauengut geltend zu machen unter Abzug der Gegenforderungen des Ehemannes und der noch vorhandenen Vermögenswerte, welche die Ehefrau als Eigentümerin an sich ziehen kann. Bei der Gütergemeinschaft kann die Anschlusspfändung der Ehefrau für das eingebrachte Gut geltend gemacht werden (ZGB 224, Al. 1). Beim System der Gütertrennung dagegen hat die Ehefrau bei der Pfändung von Vermögenswerten des Ehemannes auch dann, wenn sie ihm ihr Vermögen zur Verwaltung übergeben hat, kein Vorzugsrecht (ZGB 241, Al. 1). Eine Ausnahme hievon besteht bloss hinsichtlich der von der Ehefrau dem Manne zugewiesenen Ehesteuer, indem hiefür, sofern nichts anderes vereinbart worden ist, die Regeln der Güterverbindung gelten (ZGB 244, Al. 2, 247).

Natur nach nicht dem ehelichen Güterrecht entspringen, sondern irgend einen andern Rechtsgrund haben, wie Vertrag, Delikt etc.[26]) In einigen gegenwärtigen kantonalen Rechten wird übrigens der Ehefrau die Anschlusspfändung nur für die privilegierte Hälfte ihrer Frauengutsforderung gewährt (vergl. Bern EG 81, Ziff. 1, Aargau EG 57, lit. a). ZGB sieht eine derartige Beschränkung nicht vor.

bb. Ansprüche der Kinder aus dem elterlichen Verhältnisse, welche auf dem Wege der Anschlusspfändung geltend gemacht werden können, sind diejenigen Forderungen, welche für das Kind aus der Ausübung der elterlichen Vermögensrechte durch den Schuldner am Kindesvermögen resultieren, sei es, dass die Forderung auf Rückleistung oder auf Schadenersatz gerichtet ist. Diese Forderungen beurteilen sich gegenwärtig nach dem kantonalen Recht; in Zukunft wird dafür ZGB 290—301 massgebend sein. Auch hier sind rein vertraglich begründete Ansprüche der Kinder gegen die Eltern ausgeschlossen (vergl. jedoch unten lit. b).

cc. Die ferner hiehergehörenden Forderungen der Mündel und Verbeiständeten aus dem vormundschaftlichen Verhältnis umfassen alles das, was der Vormund oder Beistand in dieser Eigenschaft und kraft dieses Verhältnisses dem Mündel oder Verbeiständeten schuldig wird, sei es als Rückleistung, sei es als Schadenersatz.[27])

b. Die Person des Gläubigers und ihre gesetzlich geforderten Eigenschaften sind für die Gestattung der privilegierten Anschlusspfändung ausschlaggebend. Nur Ehefrauen (bezw. in Zukunft Ehegatten überhaupt), Kinder, Mündel und Verbeiständete sind dazu legitimiert. Streng genommen könnte deshalb das Recht auch nur solange geltend gemacht werden, als die in Betracht fallende Eigen-

[26]) Im Gegensatz zu Jaeger, Art. 111, N. 4 würde ich auch Alimentations- und Entschädigungsforderungen, welche einem Ehegatten im Scheidungsprozess zugesprochen werden, nicht hierherrechnen, da sie nicht güterrechtlichen Ursprungs sind.

[27]) Ebenso auch Jaeger, Art. 111, N. 4.

schaft des Gläubigers, bezw. sein familienrechtliches Verhältnis zum Schuldner, wirklich andauert. Es kann aber sehr wohl vorkommen, dass der Anspruch als solcher noch existent bleibt, oder vielleicht sogar erst entsteht, wenn das familienrechtliche Verhältnis selbst zu bestehen aufgehört hat. Das gegenwärtige Recht bestimmt hierüber nichts. Dagegen schreibt nun nach der neuen (in ZGBE 60) gegebenen Fassung B 111, Al. 1 — im Anschluss an die analoge Bestimmung in B 219, Al. 4 — vor: «Dieses Recht kann jedoch nur geltend gemacht werden, wenn die Pfändung während der Dauer des vormundschaftlichen, elterlichen oder ehelichen Verhältnisses oder innerhalb Jahresfrist nach Wegfall desselben erfolgt ist. Die Dauer eines Prozess- oder Betreibungsverfahrens fällt dabei nicht in Berechnung». Damit wird festgestellt, dass der Anspruch spätestens innerhalb eines Jahres seit Beendigung des familienrechtlichen Verhältnisses entweder durch Anhebung einer besondern Betreibung, oder eines Prozesses, oder aber direkt durch Anschlusspfändung geltend gemacht werden muss. Sofern der Gläubiger innerhalb der angegebenen Jahresfrist die Betreibung oder den Prozess anhob, so kann er nach Beendigung des Verfahrens den Anschluss erklären, trotzdem das familienrechtliche Verhältnis seit mehr als einem Jahr beendigt ist.

Abgesehen hievon machen aber u. U. die tatsächlichen Verhältnisse auch noch in anderer Beziehung eine Abweichung von der Regel notwendig:

So einmal mit Rücksicht auf den Fall, dass mündige Kinder, welche mit ihren Eltern in gemeinsamem Haushalte leben, denselben ihre Arbeit oder Einkünfte zuwenden. ZGB 334 bestimmt darüber: «Mündige Kinder, die ihren Eltern in gemeinsamem Haushalte ihre Arbeit oder ihre Einkünfte zugewendet haben, können hiefür, wenn sie auf einen entsprechenden Entgelt nicht ausdrücklich verzichtet haben, auf dem Wege der Anschlusspfändung oder im Konkurse von Vater und Mutter eine Forderung geltend machen. Im Falle der Bestreitung

entscheidet der Richter über den Bestand und die Höhe der Forderung nach seinem Ermessen». B 111, Al. 1 (ZGBE 60) ergänzt diese Vorschrift durch die weitere Bestimmung: «Mündige Kinder des Schuldners können sich jederzeit für die aus Art. 334 ZGB sich ergebenden Forderungen einer Pfändung ohne vorgängige Betreibung anschliessen».

Besondere Verhältnisse ergeben sich auch da, wo laut gegenwärtigem kantonalem Recht nach dem Tode der Ehefrau deren Kinder in das güterrechtliche Verhältnis ihrer Mutter eintreten und dasselbe mit dem Ehemann der letztern fortsetzen (vergl. Bern EG 81, Ziff. 1, Aargau EG 57, lit. b). Hier muss natürlich den Kindern dasselbe Recht zukommen, wie ihrer Mutter.[28]) Abgesehen von diesem Fall kann dagegen eine Anschlusspfändung durch die Rechtsnachfolger der in B 111, Al. 1 als berechtigt anerkannten Personen nicht zugelassen werden.[29])

3. Die Geltendmachung der privilegierten Anschlusspfändung ist an keine besondere Form gebunden. Der Berechtigte hat einfach dem Betreibungsbeamten seine Forderung, deren Grund, sowie die Absicht, ohne vorgängige Betreibung an der Pfändung teilzunehmen, mitzuteilen.[30])

---

[28]) Ebenso BE XXIV (2), 3.

[29]) Ebenso Jaeger, Art. 111, N. 4. Umgekehrt aber kann auch nur gegenüber dem in B 111 genannten Schuldner, nicht etwa gegenüber seinen Erben für die betreffende Forderung Anschlusspfändung stattfinden; vergl. A V, 7 (Luzern). Dagegen muss sie zugelassen werden bei der Betreibung der Erbmasse gemäss B 49, 59.

[30]) Umgekehrt ist aber der Betreibungsbeamte auch nicht verpflichtet, den in B 111, Al. 1 genannten Personen von der erfolgten Pfändung Kenntnis zu geben, da B dies nicht vorsieht; vergl. BE XXVII (1), 97. Die bundesrechtliche Gültigkeit kantonaler Vorschriften, welche ihn dazu verpflichten — so z. B. Zürich EG 41, Baselstadt EG 18 gegenüber der Ehefrau; Aargau EG 57, Zug EG 64, Schaffhausen EG 40 gegenüber allen Berechtigten — erscheint daher als zweifelhaft, und wird schlechtweg ausgeschlossen sein, sobald einmal das ganze Institut durch ZGBE 60 vollständig auf eidgenössischen Boden gestellt sein wird.

Zur Anmeldung legitimiert sind natürlich in erster Linie die Berechtigten selber. Die Ehefrau kann dabei selbständig auftreten, und zwar ohne Rücksicht auf die güterrechtlichen und eherechtlichen Vorschriften, da es sich hiebei um eine spezielle Institution des Bundesrechtes handelt. Dies wird in einigen kantonalen EG ausdrücklich vorgesehen,[31]) ist jedoch vom Bestehen einer derartigen Vorschrift nicht abhängig.

In zweiter Linie sind aber die gesetzlichen Vertreter der in Betracht fallenden Personen zur Wahrung der Interessen derselben befugt und verpflichtet, wobei u. U. auch der Schuldner selbst in Betracht fallen kann, und endlich werden in dieser Hinsicht durch betreibungsrechtliche Vorschriften noch besondere Vertretungsverhältnisse vorgesehen. Dies geschieht gegenwärtig durch verschiedene kantonale EG.[32]) Die neue Fassung in B 111, Al. 1 (ZGBE 60) schreibt diesbezüglich vor: «Zur Abgabe der Anschlusserklärung der Kinder, Mündel oder Verbeiständeten ist auch die Vormundschaftsbehörde befugt». Wie dabei aus dem Wortlaut («auch») hervorgeht, werden dadurch die Pflichten der ordentlichen gesetzlichen Vertreter nicht berührt.

Der Zeitraum, innerhalb dessen die privilegierte Auschlusspfändung geltend zu machen ist, ist unter dem gegenwärtigen Recht regelmässig der nämliche, wie für die Geltendmachung der einfachen Anschlusspfändung, d. h. dreissig Tage seit Vollzug der Hauptpfändung. Es steht jedoch den Kantonen frei, hier die Frist zur Teilnahme um zehn Tage zu verlängern (B 111, Al. 1.)[33]) In seiner neuen Fassung setzt nun aber B 111, Al. 1 (ZGBE 60) die Frist

[31]) Vergl. die Zusammenstellung der einschlägigen Vorschriften bei Reichel, Art. 111. N. 3, sowie Brand und Wasem, S. 417 ff.

[32]) So in Zürich EG 32, 33, Bern EG 82, Uri EG 38, 41, Schwyz EG 42, Obwalden EG 38, Baselstadt EG 19, Baselland EG 26, Appenzell a. Rh. EG 34, St. Gallen EG 34, 36, Waadt EG 48, Neuenburg EG 39; vergl. die Zusammenstellung bei Reichel, Art. 111, N. 3, sowie Brand und Wasem, S. 417 ff.

[33]) Dies haben alle Kantone, welche die privilegierte Anschlussp ändung überhaupt kennen, getan, mit Ausnahme von Nidwalden

schlechtweg auf vierzig Tage fest, so dass den Kantonen in dieser Beziehung kein Bestimmungsrecht mehr zusteht. Der Beginn der Frist fällt mit dem Vollzug der Hauptpfändung zusammen, ohne Rücksicht darauf, ob der Anschlussberechtigte hievon Kenntnis hatte oder nicht.[34])

4. Die Behandlung der einmal geltend gemachten privilegierten Anschlusspfändung muss der Natur der Sache nach eine andere sein, wie diejenige der einfachen Anschlusspfändung. Da nämlich ein betreibungsrechtliches Einleitungsverfahren hier nicht stattfand, so hatte der Schuldner noch gar keine Gelegenheit, sich über seine Schuldpflicht zu äussern, bezw. zu der angehobenen Betreibung Stellung zu nehmen und eventuell Rechtsvorschlag zu erheben. Es muss ihm deshalb nachträglich Gelegenheit gegeben werden, sich der Anschlusspfändung zu widersetzen. Mit Rücksicht auf die besondere Natur der in Betracht fallenden Forderungen müssen aber auch die pfändenden Gläubiger in die Lage versetzt werden, die Anschlusspfändung bestreiten zu können, da sonst die Gefahr nahe läge, dass der Schuldner seine Angehörigen, und mit ihnen sich selbst, zum Nachteil der ihn betreibenden Gläubiger durch Anerkennung nicht bestehender Forderungen der ersteren begünstigen könnte. Deshalb gibt das Betreibungsamt dem Schuldner und den Gläubigern von einem solchen Anspruch auf privilegierte Anschlusspfändung Kenntnis, unter Ansetzung einer Frist von zehn Tagen, innerhalb welcher sie denselben bestreiten können (B 111, Al. 2).[35]) Als Gläubiger im Sinne dieser Vorschrift kommen immer nur diejenigen betreibenden Gläubiger in Betracht, an deren Gruppe die privilegierte Anschlusspfändung erfolgen soll; niemals also Gläubiger einer frühern oder spätern Gruppe.[36])

EG 20, St. Gallen EG 31 (für die Ehefrau), sowie Neuenburg EG 39; vergl. Brand und Wasem, S. 417 ff.

[34]) Es gilt also für Beginn und Berechnung dieser Frist das nämliche wie bei der einfachen Anschlusspfändung (vergl. oben II, Ziff. 1, lit. c, sowie A XI, 9).

[35]) Anzeige und Fristansetzung zur Bestreitung haben im gleichen Akte zu geschehen; vergl. A XI, 9.

[36]) Ebenso BE XXIV (1), 63 XXVIII (1), 67. Dabei ist aber

Die Bestreitung des Anspruches geschieht formlos bei demjenigen Betreibungsamt, von welchem der Bestreitende die Anzeige der Anschlusspfändung erhielt. Sie kann sich beziehen entweder auf die Existenz der Forderung oder auf die Höhe derselben,[37]) oder endlich auf die subjektiven und objektiven Voraussetzungen der privilegierten Anschlusspfändung.[38])

5. Die Wirkung der privilegierten Anschlusspfändung ist davon abhängig, ob eine Bestreitung derselben erfolgt ist oder nicht.[38a])

a. Ist keine Bestreitung erfolgt, so äussert die privilegierte Anschlusspfändung genau die nämliche Wirkung wie die einfache. Der betreffende Gläubiger wird Mitglied einer bestimmten Pfändungsgruppe[39]) und geniesst die gleichen betreibungsrechtlichen Befugnisse wie die übrigen betreibenden Gläubiger.[40]) Auch für ihn hat deshalb die in B 110, Al. 1 vorgesehene Ergänzungspfändung stattzufinden. Fraglich ist dabei nur, wie vorzu-

---

klar, dass wenn für eine an sich gemäss B 111 privilegierte Forderung gewöhnliche Betreibung angehoben und dann Pfändung verlangt wurde, das Verfahren gemäss B 111, Al. 2 nicht stattzufinden hat; vergl. A V, 98.

[37]) Der Gläubiger kann im Prozessfall alle dem Schuldner selbst zustehenden Einreden (der Zahlung, Kompensation etc.) erheben; vergl. A II, 137.

[38]) Vergl. Jaeger, Art. 111, N. 9. Eine Motivierung oder nähere Umschreibung der Bestreitung ist nicht nötig; vergl. A IV, 61. Umgekehrt ist diese Bestreitung die einzig zulässige Art einer Anfechtung der Anschlusspfändung. Auf dem Beschwerdeweg kann eine solche niemals stattfinden; vergl. A VII, 45.

[38a]) Ob die Durchführung der privilegierten Anschlusspfändung auch Wirkungen auf das betreffende familienrechtliche Verhältnis äussert, bestimmt das Privatrecht. Bern EG 83 sieht z. B. für den Fall einer Anschlusspfändung der Ehefrau vor, dass mit der Verteilung des Erlöses aus der Pfändung die Gütertrennung zwischen den Ehegatten eintritt. ZGB kennt keine analoge Bestimmung.

[39]) Jedoch immer nur einer Gruppe; vergl. BE XXIX (1) 37.

[40]) Seine Pfändung bleibt deshalb zu Recht bestehen, auch wenn die ursprüngliche Betreibung dahinfällt; vergl. BE XXIV (1), 113.

gehen ist, wenn sich nach Ablauf der ersten dreissig Tage bereits eine neue Gruppe gebildet hat und erst nachher zwischen dem dreissigsten und vierzigsten Tag die privilegierte Anschlusspfändung erfolgt. Kann dann die erste Pfändung aus denjenigen Vermögensstücken des Schuldners ergänzt werden, welche bereits für die zweite Gruppe gepfändet worden sind, oder kann die Ergänzung nur aus einem allfälligen Mehrerlös geschehen? Die Frage ist richtigerweise im letztern Sinne zu beantworten, da eben der betreffende Vermögenskomplex bereits in gesetzlicher Weise für die Gläubiger der spätern Gruppe mit Beschlag belegt wurde (vergl. oben II, Ziff. 2, lit. b).[41])

b. Wird der Anspruch bestritten, so findet die Teilnahme nur mit dem Rechte einer provisorischen Pfändung statt, und der Ansprecher hat binnen zehn Tagen Klage zu erheben, widrigenfalls seine Teilnahme dahinfällt (B 111, Al. 3).

Die Folge des provisorischen Charakters der Pfändung ist die, dass der betreffende Gläubiger seinerseits nicht das Verwertungsbegehren stellen kann (B 118). Findet dagegen die Verwertung auf Begehren eines andern Gläubigers statt, so wird der auf die provisorische Pfändung fallende Erlös einstweilen bei der Depositenanstalt hinterlegt (B 144, Al. 5).

Ein Dahinfallen der Teilnahme an der Pfändung gemäss B 111, Al. 3 infolge Nichterhebung der Klage erfolgt immer nur gegenüber denjenigen Gruppengläubigern, welche gemäss B 111, Al. 2 den Anspruch auf Anschlusspfändung bestritten haben. Gegenüber den nichtbestreitenden Gläubigern braucht eben eine Klage gar nicht erhoben zu werden, weshalb auch der Anschluss an ihre Pfändung bestehen bleibt.[42])

6. Die in B 111, Al. 3 vorgesehene Klage des Anschlussgläubigers stellt eine betreibungsrechtliche

[41]) Gegenteiliger Ansicht Curti, S. 90 ff., Jaeger, Art. 110, N. 6.

[42]) Ist die Klageerhebung infolge unrichtiger Fristansetzung unterblieben, so tritt überhaupt keine Verwirkungsfolge ein, sondern es ist die unrichtige Fristansetzung von Amtes wegen aufzuheben und durch eine neue zu ersetzen; vergl. BE XXV (1), 72, 102

Klage mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse dar (vergl. § 10, II, Ziff. 3 hievor). Sie verfolgt an und für sich einen rein betreibungsrechtlichen Zweck, nämlich die Aufrechterhaltung der privilegierten Anschlusspfändung. Hiezu ist aber notwendig, dass der klagende Gläubiger einesteils den Bestand der geltend gemachten Forderung, andernteils das Vorhandensein der vom Gesetz geforderten Voraussetzungen einer privilegierten Anschlusspfändung dartut. Das eine wie das andere aber kann sich nur auf den Nachweis des Bestehens bestimmter materiellrechtlicher Verhältnisse stützen, so dass tatsächlich in diesem Prozess implicite auch über die letztern geurteilt werden muss. Das in diesem Prozess erwirkte Urteil hat jedoch nur für das betreffende Betreibungsverfahren Wirkung und kann nicht etwa zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des in Betracht fallenden Anspruches als solchen dienen.[43])

Aus dieser Natur der Klage ergibt sich beim Schweigen des Gesetzes, hinsichtlich des Gerichtsstandes, dass die Klage beim Richter des Betreibungsortes anzubringen ist.[44])

Für die Berechnung des Streitwertes ergibt sich daraus, dass sich dieselbe nach dem Nominalbetrag derjenigen Forderung richtet, für welche die Anschlusspfändung verlangt, bezw. bestritten wird.[45])

Die Legitimation endlich verteilt sich in der Weise, dass Kläger immer derjenige ist, welcher die Anschlusspfändung verlangt, Beklagter dagegen diejenigen Gruppengläubiger, bezw. der Schuldner, welche den Anspruch hierauf bestreiten.

---

[43]) Ebenso Jaeger, Art. 111, N. 14. Über die im Prozess zu entscheidenden Fragen vergl. BE XXVIII (1), 62.

[44]) So richtig Jaeger, Art. 111, N. 14; dagegen ZBJV XXXIV, 109. Den Ort der Pfändung sieht als Gerichtsstand ausdrücklich vor Zürich EG 74, lit. b, in Verbindung mit EG 72, Ziff. 4.

[45]) Ebenso Jaeger, Art. 111, N. 14. BE XXIV (2), 3 und BE XXXI (2), 107 wollen alternativ auch auf den Wert der gepfändeten Gegenstände abstellen.

Der Prozess wird im beschleunigten Verfahren geführt (B 111, Al. 3; vergl. § 11, II, Ziff. 2 hievor.)[46]) Über die Wirkungen eines in diesem Prozesse gefällten Urteils äussert sich B 111 nicht. Selbstverständlich ist jedoch, dass, wenn die Klage zugesprochen wird, die provisorische Anschlusspfändung eine definitive wird, so dass der Anschlussgläubiger allen übrigen Gruppengläubigern gleichgestellt ist. Wird dagegen die Klage abgewiesen, so gilt die Anschlusspfändung allen denjenigen Gläubigern gegenüber, welche sie bestritten haben, als dahingefallen (vergl. oben Ziff. 5, lit b). Trotz dem Stillschweigen des Gesetzes darf dabei wohl angenommen werden, dass der Prozessgewinn in erster Linie zur Deckung der Prozesskosten sowie der Betreibungsforderungen der bestreitenden, bezw. prozessführenden Gläubiger verwendet wird.[47]) Die nichtbestreitenden Gläubiger können das Versäumte nicht etwa durch Anhebung einer Klage gegen den Kollokationsplan gemäss B 148, Al. 1 nachholen, indem eben von ihrer Seite die Anschlusspfändung und damit auch die Forderung für das betreffende Betreibungsverfahren als anerkannt gilt.[48])

Dritter Unterabschnitt.

Die Verwertung.

§ 34.

Allgemeine Grundsätze.

I. Das Verwertungsbegehren.

Ebenso wie die Pfändung, kann auch die Verwertung der gepfändeten Vermögensstücke regelmässig nicht von Amtes wegen, sondern nur auf ausdrückliches Begehren

[46]) Eine Berufung an das Bundesgericht kann — wenigstens solange B 111 noch auf dem kantonalen Familienrecht basiert — nicht als zulässig erachtet werden; vergl. BE XXIV (2), 3, 41, sowie § 11, III, Ziff. 1 hievor.

[47]) Ebenso Jaeger, Art. 111, N. 14.

[48]) Vergl. BE XXXI (1), 25.

des Gläubigers erfolgen (Verwertungsbegehren).[1]) Eine Ausnahme von dieser Regel macht das Gesetz nur hinsichtlich solcher beweglicher Gegenstände, welche schneller Wertverminderung ausgesetzt sind oder einen kostspieligen Unterhalt erfordern, sowie für den Fall, dass der Schuldner selber die Verwertung verlangt (B 124; vergl. § 35, II, lit. a hienach).

1. Legitimiert zur Stellung des Verwertungsbegehrens ist der pfändende Gläubiger, d. h., derjenige, für welchen die betreffenden Gegenstände gepfändet wurden. Dieses Recht ist durchaus individueller Natur, d. h. es kommt jedem pfändenden Gläubiger zu, gleichviel, ob für ihn allein oder gemeinsam mit andern gepfändet wurde.[2]) Deshalb steht in einer Gläubigergruppe jedem einzelnen Teilnehmer das Recht zu, Verwertung zu verlangen (B 117, Al. 1). Dieses Recht wird auch nicht dadurch ausgeschlossen oder beschränkt, dass ein anderer als der die Verwertung verlangende Gläubiger nähere Rechte auf die gepfändeten Gegenstände bezw. deren Erlös besitzt. Gläubiger, welche Vermögensstücke gemäss B 110, Al. 3 nur für deren Mehrerlös gepfändet haben, können gleichfalls deren Verwertung verlangen (B 117, Al. 2).[3])

Zur Stellung des Verwertungsbegehrens berechtigt aber bloss eine definitive Pfändung. Ein Gläubiger, dessen Pfändung eine bloss provisorische ist, kann die Verwertung nicht verlangen. Inzwischen laufen jedoch für ihn die in B 116, Al. 1 vorgesehenen Fristen nicht (B 118; vergl. unten Ziff. 4).[4])

[1]) Ein Verwertungsbegehren ist der Natur der Sache nach dann nicht erforderlich, wenn nur bares Geld gepfändet wurde; vergl. A X, 70.

[2]) Dem Gläubiger selbst steht sein Rechtsnachfolger gleich; vergl. BE XXII, 109.

[3]) Dieses Recht darf nach dem klaren Wortlaut in B 117, Al. 2 nicht etwa an die Bedingung geknüpft werden, dass die Erzielung eines Mehrerlöses in dem betreffenden Falle wahrscheinlich sei. Die gegenteilige Ansicht vertritt Brand in A VII, 28.

[4]) Eine solche provisorische Pfändung findet statt, solange das Recht des Schuldners, Aberkennungsklage zu erheben, besteht, bezw. solange der Aberkennungsprozess hängig ist (B 83, Al. 1

Der Gläubiger kann das gestellte Verwertungsbegehren zurückziehen, solange die Verwertung nicht stattgefunden hat, und es innerhalb der in B 116, Al. 1 vorgesehenen Frist neuerdings stellen (arg. B 121; vergl. unten Ziff. 4.)[5])

2. Eine besondere Form des Verwertungsbegehrens wird in B nicht vorgeschrieben. Dasselbe kann deshalb sowohl schriftlich als auch mündlich beim Betreibungsamt angebracht werden.[6])

Zuständig zur Entgegennahme des Verwertungsbegehrens ist dasjenige Betreibungsamt, welches die Pfändung vorgenommen hat, und zwar auch dann, wenn der Schuldner inzwischen seinen Wohnsitz verändert haben sollte (B 53; vergl. § 30, II, Ziff. 2 hievor)

3. Die Wirkung des Verwertungsbegehrens besteht in der Herbeiführung der Verwertung. Wird dasselbe somit von einem hiezu legitimierten Gläubiger zur richtigen Zeit gestellt, so müssen die gepfändeten Gegenstände verwertet werden, ohne Rücksicht darauf, dass vielleicht andere beteiligte Gläubiger ihrerseits das Verwertungsbegehren noch nicht gestellt haben, bezw. es noch nicht stellen konnten.[7])

4. Die zeitliche Begrenzung des Verwertungsbegehrens ist verschieden, je nachdem es sich um die Verwertung beweglicher oder unbeweglicher Gegenstände handelt. Der Gläubiger kann die Verwertung gepfändeter beweglicher Vermögensstücke und Forderungen

und 3; vergl. § 27, V, Ziff. 1 hievor), ferner bei einer bestrittenen privilegierten Anschlusspfändung (B 111, Al. 3; vergl. § 33, III, Ziff. 5, lit. b hievor), sowie endlich bei der Teilnahme des Arrestgläubigers an einer nach Ausstellung des Arrestbefehls vollzogenen Pfändung, bevor er selbst das Pfändungsbegehren stellen kann (B 281, Al. 1; vergl. § 33, II, Ziff. 1, lit. a hievor).

[5]) Einem Rückzug des Pfändungsbegehrens kommt auch eine vom Gläubiger dem Schuldner nach Stellung des Verwertungsbegehrens bewilligte Stundung gleich; vergl. A VIII, 37.

[6]) Verordnung Nr. 1, Art. 8 sieht dafür ein amtliches Formular vor, welches die Namen des Gläubigers und des Schuldners, sowie die Nummern der Betreibung und der Pfändungsgruppe angibt. Sein Gebrauch ist aber nicht obligatorisch.

[7]) Ebenso BE XXIII, 136, A IX, 65; Jaeger, Art. 117, N. 2.

frühestens einen Monat und spätestens ein Jahr, diejenige der gepfändeten Liegenschaften frühestens sechs Monate und spätestens zwei Jahre nach der Pfändung verlangen (B 116, Al. 1).[8]) Der Beginn der Frist fällt mit dem Momente des Pfändungsvollzuges zusammen. Nehmen aber mehrere Gläubiger an der Pfändung teil, so laufen die Fristen erst von dem Tage des letzten Pfändungsbegehrens an (B 116, Al. 2).[9])

Die Wirkung der Befristung ist nach jeder Richtung hin eine absolute. Vor dem Eintritt des Anfangstermins und nach demjenigen des Auslauftermins kann ein gültiges Verwertungsbegehren überhaupt nicht gestellt werden.[10])

Wenn binnen der gesetzlichen Frist das Verwertungsbegehren nicht gestellt, oder zurückgezogen und nicht erneuert wird, so erlischt die Betreibung als solche (B 121).[11]) Wird jedoch die Betreibung selbst mit Bezug auf einen bestimmten gepfändeten Gegenstand infolge Anhebung eines Widerspruchprozesses gemäss B 107, Al. 2 eingestellt, so ist während der Einstellung der Betreibung auch der Lauf der in B 116 gesetzten Fristen gehemmt.[12]) Ebenso tritt eine Hemmung dieser Fristen ein für alle provisorischen Pfändungen (B 118; vergl. oben Ziff. 1).

5. Die Benachrichtigung des Schuldners von einem gestellten Verwertungsbegehren geschieht durch

[8]) Der gepfändete Anteil an einer Erbschaft, zu welcher sowohl Mobilien als auch Immobilien gehören, ist als bewegliche Sache zu betrachten (vergl. BE XXX (1), 24). Wenn dagegen im gleichen Pfändungsakt sowohl Mobilien als auch Immobilien gepfändet werden, so läuft für jede der beiden Arten der gepfändeten Gegenstände die dafür in B 116, Al. 1 vorgesehene besondere Frist; vergl. auch Jaeger, Art. 117, N. 7.

[9]) Muss aber infolge einer Anschlusspfändung eine Ergänzungspfändung vorgenommen werden, so beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt dieser letztern. (BE XXII, 55, dagegen A III, 137).

[10]) Vergl. dazu BE XXXIII (1), 77. Diese Fristen können niemals erstreckt werden (vergl. BE XXV (1), 24).

[11]) Vergl. dazu BE XXIX (1), 123.

[12]) Keine Hemmung der Frist bewirkt dagegen der gemäss B 111, Al. 3 angehobene Prozess oder ein Beschwerdeverfahren (vergl. BE XXIII, 107).

das Betreibungsamt von Amtes wegen und soll binnen drei Tagen seit der Stellung des Begehrens stattfinden (B 120).[13])

II. Die Art und Weise der Verwertung.

Durch die Verwertung sollen die beim Schuldner gepfändeten Vermögensstücke in Geld umgesetzt werden (sog. Versilberungsprinzip). Dieses Stadium der Zwangsvollstreckung kann deshalb dann wegfallen, wenn nur bares Geld gepfändet wurde.[14])

1. Zuständiges Organ der Verwertung ist das Betreibungsamt, und zwar kommt örtlich dasjenige Amt in Betracht, welches das Pfändungsverfahren durchgeführt und demnach auch das Verwertungsbegehren entgegengenommen hat.[15]) Eine Verschiebung der Kompetenz infolge Wohnsitzwechsels des Schuldners ist ausgeschlossen (vergl. oben I, Ziff. 2). Dagegen ist anzunehmen, dass diejenigen Gegenstände, welche gemäss B 89 auf dem Requisitionswege gepfändet wurden, auch in gleicher Weise zu verwerten sind.

2. Das Mass der Verwertung liegt in dem Deckungsbedürfnis, da ja überhaupt nur verwertet wird, um die in Betreibung liegenden Forderungen zu befriedigen. Und zwar kann der Natur der Sache nach nur für solche Forderungen eine Befriedigung veranlasst werden, von welchen endgültig feststeht, dass sie im vorliegenden Betreibungsverfahren wirklich zur Vollstreckung gelangen. Die Verwertung wird daher eingestellt, sobald der Erlös den Gesamtbetrag der Forderungen erreicht, für welche die Pfändung eine endgültige ist. Soweit die Pfändung eine provisorische ist, darf ausser den in B 124, Al. 2

---

[13]) Die Frist ist eine blosse Ordnungsfrist und übt namentlich auf die Gültigkeit der Verwertung keinen Einfluss aus (vergl. BE XXX (1) 80).

[14]) Vergl. in diesem Sinne auch A X, 70.

[15]) Ohne Mitwirkung des Betreibungsamtes ist regelmässig eine Verwertung nicht denkbar, ganz abgesehen von der Form, in welcher sie geschieht (vergl. BE XXI, 148; Jaeger, Art. 116, N. 2). Eine Ausnahme von der Regel sieht B 132, Al. 2 vor (vergl. § 35, IV, Ziff. 4, lit. b hienach).

genannten Fällen (des sog. Notverkaufes) keine Verwertung stattfinden (B 119, Al. 2). Diese Regel ist so zu verstehen, dass, wenn die betreffenden Gegenstände sowohl endgültig als auch provisorisch gepfändet wurden, die Verwertung einzustellen ist, sobald durch den erzielten Erlös die Forderungen mit definitiver Pfändung als gedeckt erscheinen. Die nichtverwerteten Gegenstände bleiben jedoch nach wie vor gepfändet, bis feststeht, ob auch für die Forderungen mit bloss provisorischer Pfändung eine Verwertung stattfinden kann oder nicht. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht nur dann, wenn die gepfändeten Gegenstände infolge schneller Wertverminderung oder kostspieligen Unterhaltes vorzeitig verwertet werden müssen (vergl. § 35, II, Ziff. 1, lit. a, bb hienach).

3. Das Verfahren der Verwertung ist im Gesetz verschiedenartig geregelt, je nachdem die zu verwertenden Gegenstände beweglicher oder unbeweglicher Natur sind (vergl. § 35 und 36 hienach). Für die Verwertung unbeweglicher Sachen kommt als einzige Verwertungsart die Zwangsversteigerung in Betracht, während für Beweglichkeiten unter besondern Voraussetzungen auch andere Arten der Verwertung zulässig sind.

4. Der rechtliche Charakter der Verwertung ist kontrovers, da er im Gesetz nicht mit Bestimmtheit umschrieben wird.[16])

Einesteils nämlich stellt die Verwertung zweifellos ein rein betreibungsrechtliches Institut mit dem einzigen Zweck der Befriedigung der pfändenden Gläubiger dar. Anderseits aber werden durch sie auch ganz bestimmte Rechtsverhältnisse privatrechtlicher Natur begründet, und

---

[16]) Zum ersten Male hat diese Frage in der schweizerischen Literatur näher untersucht Emil Huber: Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung im schweizerischen Recht; ZschwR NF XXIV, S. 81 ff. Die bemerkenswerte Abhandlung begnügt sich nicht damit, die Frage theoretisch zu beleuchten, sondern zieht sowohl aus der bisher durch Theorie und Praxis, als auch aus der von ihr selbst vertretenen Ansicht die praktischen Konsequenzen hinsichtlich der einzelnen Phasen der Verwertung und der rechtlichen Beurteilung ihrer Wirkungen.

namentlich ein Eigentumsübergang an den gepfändeten Sachen auf dritte Personen bewirkt. Aus diesem Grunde nimmt die bisher herrschende Meinung in Theorie und Praxis an, dass die Verwertungshandlungen — namentlich auch die Zwangsversteigerung — den Abschluss eigentlicher Kaufverträge bewirke, weshalb denn auch die daraus resultierenden Rechtsverhältnisse im allgemeinen nach den privatrechtlichen Bestimmungen über den Kauf zu beurteilen seien.[17])

Dieser Auffassung steht nun aber vor allem die Tatsache entgegen, dass es sich bei der Verwertung immer um eine amtliche Verfügung der Betreibungsorgane handelt. Ferner aber bieten die positiven Gesetzesvorschriften keinen Anhaltspunkt für das Vorhandensein zweier sich gegenüberstehender Vertragsparteien [18]) Endlich sieht B nirgends eine analoge Anwendung der privatrechtlichen Vorschriften über den Kaufvertrag auf die hier in Frage stehende Eigentumsübertragung vor; vielmehr stehen verschiedene betreibungsrechtliche Bestimmungen direkt mit den Bestimmungen des OR in Widerspruch (Zahlung des Kaufpreises, Rückgängigmachung der Veräusserung etc.).

Mit Rücksicht auf diese Besonderheiten, sowie auf den Zweck und die innere Struktur des Verfahrens scheint es deshalb richtiger zu sein, in der durch die Verwertung bewirkten Veräusserung von Vermögensstücken des Schuldners einen öffentlichrechtlichen Akt (betreibungsrechtliche Verfügung) zu erblicken, wodurch dem dritten Erwerber unter besondern, durch betreibungsrechtliche Vor-

---

[17]) So A II, 35, III, 72, 120, VI, 15, 64, 114; BE XXIV (1), 79, XXVIII (1), 86, XXVIII (2), 38, XXX (1), 31; Jaeger, Art. 125, N. 2; Weber und Brüstlein, Art. 126, N. 3; unbestimmt Reichel, Art. 126, N 3; vergl. dazu Huber a. a. O. S. 82, N. 3.

[18]) Namentlich würde es schwer halten einen Verkäufer im privatrechtlichen Sinne zu bezeichnen. Huber a. a. O. S. 90 ff legt dies klar, indem er untersucht, ob als Verkäufer der Betreibungsbeamte, das Betreibungsamt, der betreibende Gläubiger oder der Eigentümer des Steigerungsobjektes (Schuldner oder Dritteigentümer) betrachtet werden könne, was er an Hand der sich aus einer solchen Konstruktion ergebenden Folgen widerlegt.

schriften geordneten Voraussetzungen Eigentum an jenen Sachen übertragen wird.[19])

Die durch ZGBE 60 vorgesehenen Abänderungen der gegenwärtigen Vorschriften tragen dieser Anschauung insofern Rechnung, als sie in B 136bis vorsehen, dass der Eigentumserwerb des Steigerungskäufers nur auf dem Wege der Beschwerde angefochten werden kann (vergl. § 36, III, Ziff. 2, lit. b hienach).[20])

§ 35.

Die Verwertung beweglicher Sachen.

I. Der Begriff der beweglichen Sache.

Da, wie oben (§ 34, II, Ziff 3 hievor) gezeigt wurde, die Art und Weise der Verwertung grundsätzlich eine verschiedene ist, je nachdem es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt, so muss vor allem der Begriff der ersteren festgestellt werden.

Aus der Gegenüberstellung im Gesetze selbst geht hervor, dass dasselbe zu den beweglichen Sachen im Sinne des Verwertungsrechtes alle Vermögensgegenstände des Schuldners rechnet, welche nicht Liegenschaften darstellen (arg. B 122, 133). Es gehören also dazu einerseits alle körperlichen Mobilien, anderseits alle Rechte und Forderungen, und zwar auch dann, wenn das dingliche Substrat, auf welches sie sich beziehen, eine Liegenschaft ist. Die Definition der beweglichen Sache im geltenden Zivilrecht — z. B. in ZGB 713 — übt als solche somit auf den betreibungsrechtlichen Begriff derselben keinen Einfluss aus.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz muss aus praktischen Gründen für die bewegliche Zugehör einer Liegen-

---

[19]) In diesem Sinne auch Huber a. a. O S. 81 ff., welcher in zutreffender Weise auf einen in verschiedenen Punkten analogen Vorgang bei der Expropriation verweist.

[20]) Auch die neuere bundesgerichtliche Praxis scheint sich mehr und mehr diesem Standpunkte zuzuneigen; vergl. BE XXXIII (1), 136.

schaft gemacht werden.[1]) Es hätte nämlich keinen Zweck, dieselbe gesondert von ihrer Hauptsache und zu einem andern Zeitpunkte zu veräussern. Vielmehr würde hierunter zweifellos das finanzielle Ergebnis der Verwertung selbst leiden. Dies entspricht denn auch dem zivilrechtlichen Grundsatz, dass sich die Verfügung über eine Sache, wenn das Gesetz keine Ausnahme macht, auch auf ihre Zugehör bezieht (ZGB 644, Al. 1).

II. Der Zeitpunkt der Verwertung.

Die Auswahl des Zeitpunktes, in welchem die Verwertung stattfinden soll, wird von verschiedenen äussern Verumständungen abhängig gemacht.

1. Vor allem wird eine bestimmte Frist gesetzt, innerhalb welcher die Verwertung stattfinden soll. Bewegliche Sachen und Forderungen werden vom Betreibungsamt frühestens zehn Tage und spätestens einen Monat nach dem Verwertungsbegehren verkauft (B 122, Al. 1).[2]) Die Bedeutung dieser Fristansetzung ist aber keine absolute.

a. Einmal nämlich sieht der Gesetzgeber selbst gewisse Ausnahmen von ihrer Einhaltung vor. Dies geschieht nach zwei Richtungen hin:[3])

aa. Gestützt auf die Willensäusserung des Schuldners. Auf Begehren des Schuldners kann nämlich der Verkauf stattfinden, auch wenn der Gläubiger noch

---

[1]) ZGB 644, Al. 2 definiert dieselbe: «Zugehör sind die beweglichen Sachen, die nach der am Orte üblichen Auffassung oder nach dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung bestimmt und durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, in welcher sie ihr zu dienen haben».

[2]) Wie Huber a. a. O. ZschwR NF XXIV, S. 81 ff. richtig nachweist, darf aus der in B öfters gebrauchten Ausdrucksweise «verkaufen», «Verkauf» etc. kein Schluss auf die rechtliche Natur des Verwertungsaktes gezogen werden (vergl. § 34, II, Ziff. 4 hievor).

[3]) Die Praxis nimmt allerdings an, dass auch in diesen Ausnahmefällen die betreibungsrechtlichen Ansprüche der Gläubiger erst mit Eintritt der gesetzlichen Verwertungsfristen perfekt werden; dies namentlich mit Rücksicht auf B 199; vergl. BE XXVI (1), 91.

nicht berechtigt ist, denselben zu verlangen (B 124, Al. 1). Der Schuldner kann eben an einer vorzeitigen Verwertung ein Interesse haben, sei es mit Rücksicht auf die Konjunktur, sei es, um selbst der Sorge für die gepfändeten Gegenstände — z. B. Viehstücke — ledig zu werden.[4])

bb. Mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der gepfändeten Sache selbst. Der Betreibungsbeamte kann jederzeit solche Gegenstände verkaufen, welche schneller Wertverminderung ausgesetzt sind, oder einen kostspieligen Unterhalt erfordern (sog. Notverkauf; B 124, Al. 2.)[5]) Mit Rücksicht auf ihren besondern Zweck kann diese vorzeitige Verwertung auch dann geschehen, wenn die ordentliche Verwertung grundsätzlich nicht stattfinden dürfte, z. B. weil die Pfändung bloss provisorisch, oder die Betreibung eingestellt ist.[6])

b. Ganz abgesehen von den im Gesetz statuierten Ausnahmen muss aber die in B 122, Al. 1 vorgesehene Befristung als eine blosse Ordnungsfrist betrachtet werden. Die Nichteinhaltung derselben macht an und für sich die geschehene Verwertung nicht ungültig; die letztere kann aber durch den Schuldner auf dem Beschwerdeweg angefochten werden. Eine Aufhebung des Verwertungsaktes wird jedoch auch in diesem Falle nur dann vorzunehmen sein, wenn wirklich nachgewiesen ist, dass durch die vorzeitige Verwertung die Interessen des Schuldners geschädigt sind, und dass diesem aus der Aufhebung der erstern ein Vorteil erwächst. Im übrigen hat die Nicht-

---

[4]) Die vorzeitige Verwertung ist eine Eigentümlichkeit der Mobiliarverwertung und daher auf Liegenschaften nicht anwendbar; vergl. BE XXIX (1), 81, sowie Jaeger, Art. 124, N. 3. Ob im übrigen die Voraussetzungen dieser Verwertung gegeben sind, ist eine reine Tatfrage. Eine darauf bezügliche Beschwerde kann deshalb nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden; vergl. BE XXXIII (1), 144.

[5]) Die Tatsache der Wertverminderungsgefahr oder des kostspieligen Unterhaltes muss wirklich gegeben und nicht etwa bloss möglich sein; vergl. BE XXVIII (1), 14.

[6]) Eine Benachrichtigung des betreibenden Gläubigers ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, kann aber angemessen sein; vergl. A VIII, 109.

beachtung der Fristen nur Einfluss auf die zivilrechtliche und disziplinarische Verantwortlichkeit des Betreibungsbeamten.[7])

2 Eine besondere zeitliche Beschränkung sieht B 122, Al. 2 für die Verwertung hängender oder stehender Früchte vor. Dieselbe darf ohne Zustimmung des Schuldners nicht vor der Reife stattfinden.

Diese Beschränkung soll den Schuldner vor der Einbusse bewahren, welche die Veräusserung noch nicht erntereifer Früchte mit sich zu bringen pflegt. Sie bildet ein Korrelat zu der zeitlichen Pfändungsbeschränkung hängender und stehender Früchte gemäss B 94 (vergl. § 31, IV hievor).

3. Eine weitere Modalität in zeitlicher Beziehung bildet der sog. Aufschub. Wenn der Schuldner sich verpflichtet, monatliche Abzahlungen von mindestens einem Viertel der Betreibungssumme an das Betreibungsamt zu leisten und die erste Zahlung geleistet hat, kann der Betreibungsbeamte die Verwertung um höchstens drei Monate hinausschieben (B 123, Al. 1).

a. Die Voraussetzungen des Aufschubes sind dreifacher Natur:

aa. Notwendig ist eine ausdrückliche Aufschiebungsverfügung des Betreibungsbeamten.[8]) Der Aufschub tritt niemals ipso iure ein, und es hat der Schuldner auch nicht ohne weiteres ein Recht auf Gewährung desselben. Der Betreibungsbeamte wird ihn vielmehr nur dann eintreten lassen, wenn die Umstände es rechtfertigen, d. h. wenn einerseits die Vermögensverhältnisse des Schuldners eine derartige Stundung als billig erscheinen lassen, und anderseits Aussicht vorhanden ist, dass die Abzahlungen wirklich und regelmässig erfolgen werden, und endlich,

---

[7]) Die Praxis nimmt an, dass die Frist gemäss B 122, Al. 1 nicht für Verwertung der in B 132 genannten besondern Vermögensstücke gilt; vergl. BE XXIX (1), 50.

[8]) Ein besonderes Formular dafür ist vorgesehen in Verordnung Nr. 1, Art. 17.

wenn auch die Natur der Forderung der Gewährung eines Aufschubes nicht im Wege steht.[9])

bb. Erforderlich ist im weitern die Verpflichtung des Schuldners, monatliche Abschlagszahlungen von mindestens einem Viertel der Betreibungssumme zu leisten. Zur Betreibungssumme gehört dabei alles, was in Betreibung liegt, also auch Zinsen und Kosten.

cc. Mit der Stellung des Gesuches um Aufschub muss die Leistung der ersten Viertelzahlung erfolgen. Und zwar hat beides sogleich nach Mitteilung des Verwertungsbegehrens an den Schuldner stattzufinden. Der letztere darf nicht warten bis zur Verwertung selber.[10])

b. Die Wirkung des Aufschubes besteht in einem Hinausschieben der Verwertung um höchstens drei Monate. Der Betreibungsbeamte kann die Aufschiebungsfrist kürzer, niemals aber länger bemessen. Die Pfändung bleibt dabei im vollen Umfang bestehen bis zur völligen Abzahlung der Schuld.[11])

Der Aufschub fällt dahin, wenn die Abschlagszahlungen nicht pünktlich geleistet werden (B 123, Al. 2). Und zwar hat in einem solchen Falle der Betreibungsbeamte, ohne weitere Mahnung an den Schuldner, den Zeitpunkt der Verwertung festzusetzen und die Steigerungsanzeige gemäss B 125 zu erlassen (Verordnung, Nr. 1, Art. 17).

III. Die Zwangsversteigerung.

B 125. Al. 1 schreibt vor: «Der Verkauf geschieht auf dem Wege der öffentlichen Steigerung». Die letztere stellt also die regelmässige Verwertungsart dar.

1. Die Vorbereitung der Steigerung besteht in der Festsetzung und Bekanntmachung der letztern. Als

---

[9]) Da dies lauter Fragen der Angemessenheit sind, kann eine bezügliche Beschwerde nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden (B 19), es wäre denn, dass dabei direkte Vorschriften des Gesetzes verletzt wurden; vergl. BE XXIV (1), 25, XXX (1), 100, XXXII (1), 63.

[10]) Ebenso BE XXVII (1), 11.

[11]) Es tritt also nicht etwa mit jeder Abschlagszahlung eine proportionale Liberierung der gepfändeten Sachen ein; vergl. BE XXIV (1), 91, XXV (1), 24, XXVI (1), 39.



allgemeinen Grundsatz hiefür statuiert B 125, Al. 2, dass die Art der Bekanntmachung, sowie die Art und Weise, der Ort und der Tag der Steigerung vom Betreibungsbeamten so bestimmt werden, dass dadurch die Interessen der Beteiligten bestmöglichst gewahrt werden.

a. Die Festsetzung der Steigerung umfasst die Bestimmung von Ort und Zeit der letztern, sowie der Art und Weise des Steigerungsverfahrens selbst. Hiezu gehört namentlich die Bestimmung der Reihenfolge, in welcher die zu verwertenden Gegenstände ausgerufen werden, sowie die Zahlungsbedingungen.[12])

b. Die öffentliche Bekanntmachung der Steigerung geschieht in der ortsüblichen Weise unter Berücksichtigung etwaiger Weisungen der kantonalen Aufsichtsbehörden (Verordnung Nr 1, Art. 18). Eine Bekanntmachung im Amtsblatt ist gesetzlich nicht geboten (B 125, Al. 2; vergl. § 20, III, Ziff. 2 hievor). Sie kann durch eine Publikation in andern Blättern, durch Ausruf oder öffentlichen Anschlag ersetzt werden. Sofern der Schuldner, der Gläubiger und die beteiligten Dritten in der Schweiz einen bekannten Wohnsitz oder einen Vertreter haben, werden sie wenigstens drei Tage vor der Steigerung von Zeit und Ort derselben in Kenntnis gesetzt (B 125, Al. 3)[13]) Diese Kenntnisgabe erfolgt in Form der einfachen Mitteilung (vergl. § 20, II, hievor).[14])

Inhaltlich muss die Bekanntmachung — und zwar sowohl die öffentliche als auch die soeben erwähnte persönliche — alles enthalten, was zur Informierung der Adressaten über die Steigerung notwendig ist. Die öffentliche Bekanntmachung namentlich muss über Art und Weise sowie über Ort und Tag der Steigerung genaue Auskunft

[12]) Wenn es die Umstände rechtfertigen, so kann der Ausruf sämtlicher Gegenstände en bloc geschehen; vergl. BE XXVII (1), 115.

[13]) Als beteiligte Dritte betrachtet die Praxis namentlich auch die Bürgen des Schuldners; A V, 4. Besonders aber gehören dazu allfällige dinglich Berechtigte; dagegen nicht der Drittschuldner der zu versteigernden Forderung (unbestimmt BE XXXIII (1), 136).

[14]) Ein besonderes Formular dafür ist vorgesehen in Verordnung Nr. 1, Art. 18.

geben (B 125, Al. 1). Im Interesse eines günstigen Steigerungergebnisses ist aber auch eine — wenigstens summarische — Angabe der Steigerungsgegenstände nötig.[15])

2. Das Steigerungsverfahren charakterisiert sich als öffentliche Steigerung, d. h. der Kreis der zuzulassenden Personen kann in keiner Weise beschränkt werden; es hat vielmehr jedermann das Recht, als Bieter aufzutreten.[16])

Für das Verfahren als solches wird ein dreimaliger Aufruf der Gegenstände durch den Steigerungsbeamten vorgesehen (B 126, Al. 1; vergl. unten Ziff. 3).[17]) Als Steigerungsbeamter kommt dabei regelmässig der Betreibungsbeamte in Betracht. Als Hülfsorgane können ihm durch das kantonale Recht die Betreibungsgehülfen beigegeben werden (vergl. § 6, IV, Ziff. 2, lit. c hievor).[18])

Über den Gang des Steigerungsverfahrens wird das sog. Steigerungsprotokoll geführt. Dasselbe enthält den Namen des Schuldners, Datum, Dauer und Ort der Steigerung, die Aufzählung der verwerteten Gegenstände und Angabe ihrer Schatzung, ihres Erlöses, Name und Wohnort des Ersteigerers, Zahlungstermin und Zahlungstag, sowie endlich die Kostenabrechnung. Das Protokoll ist von dem die Steigerung leitenden Beamten und, wenn ein Zahlungstermin gewährt wird, auch vom Ersteigerer zu unterzeichnen (Verordnung Nr. 1, Art. 19).[19])

3. Der Zuschlag ist eine betreibungsrechtliche Verfügung des Steigerungsbeamten. Er macht die Veräusserung des zu verwertenden Gegenstandes perfekt.[20])

---

[15]) Ebenso Jaeger, Art. 125, N. 4. Dagegen ist die Angabe des Namens des Schuldners nicht unbedingt erforderlich.

[16]) Also auch der betreibende Gläubiger und der betriebene Schuldner selbst (vergl. A II, 54 und Jaeger, Art. 125, N. 2).

[17]) Nichteinhaltung dieses Verfahrens kann auf dem Beschwerdeweg angefochten werden (vergl. Jaeger, Art. 125, N. 1, sowie A IV, 114).

[18]) So z. B. Bern EG 15.

[19]) Die kantonalen EG sehen teilweise noch weitere Formalitäten vor; vergl. z. B. Bern EG 67, 68.

[20]) Die Perfektion tritt also nicht etwa schon mit der Stellung des Meistangebotes ein; vergl. auch Huber a. a. O. ZschwR NF XXIV, S. 81 ff, speziell 275 ff.

a. Seine Voraussetzungen machen sich nach verschiedenen Richtungen hin geltend. Der Verkaufsgegenstand wird dem Meistbietenden nach dreimaligem Aufruf zugeschlagen, sofern das Angebot den Schätzungswert erreicht und den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt (B 126, Al. 1).

aa. Es muss also vor allem ein dreimaliger Aufruf erfolgt sein. Vorher darf ein Zuschlag überhaupt nicht erfolgen.

bb. Es kann nur dem Meistbietenden zugeschlagen werden. Durch jedes höhere Angebot verliert der weniger Bietende sein Recht auf den Zuschlag, wird aber andererseits auch von der Haftbarkeit aus seinem Angebot befreit.[21])

cc. Das Angebot muss den gemäss B 97, Al. 1 anlässlich der Pfändung festgestellten Schätzungswert des betreffenden Gegenstandes erreichen (vergl. § 30, IV, Ziff. 1 hievor).

dd. Endlich muss es auch den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigen (sog. Deckungsprinzip). Unter diesen pfandversicherten Forderungen sind gemäss B 37, Al. 2 einerseits eigentliche Faustpfandrechte, einschliesslich die Viehverschreibung, anderseits Retentionsrechte[22]) zu verstehen, niemals aber die Rechte

---

[21]) Immerhin natürlich nur dann, wenn das höhere Angebot als solches überhaupt gültig ist; vergl. BE XXIII, 264.

[22]) Es kommt hier namentlich das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters in Betracht, in dessen Räumlichkeiten sich die gepfändeten Sachen befanden und für welchen ein Retentionsverzeichnis gemäss B 182 aufgenommen wurde. Ist dabei der Pacht- oder Mietzins verfallen, so betrachtete die frühere Praxis den Vermieter als mitbetreibend, d. h. er wird aus dem Erlös vorweg befriedigt. Ist dagegen der Zins noch nicht fällig, so werden soviele Sachen nicht verwertet, als zur Deckung des Retentionsrechtes nötig sind (vergl. A III, 25, IV, 2; Reichel, Art. 126, N. 2, Jaeger, Art. 126, N. 4). Die neuere Praxis dagegen lässt einfach den Erlös retinieren (vergl. BE XXIX (1), 148).

eines pfändenden Gläubigers einer frühern Gruppe.[23]) Ein Pfandrecht ist aber hier nur dann zu berücksichtigen, wenn es im Widerspruchverfahren gemäss B 106—109 anerkannt bezw. gerichtlich festgestellt wurde (vergl. § 32 hievor).[24])

ee. Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter ihrem Metallwert zugeschlagen werden (B 128).

b. Die Form des Zuschlages wird bundesrechtlich nicht geregelt. Sie muss aber jedenfalls so beschaffen sein, dass daraus der erfolgte Zuschlag deutlich ersichtlich ist. Der letztere ist in jedem Fall zu protokollieren (vergl. oben Ziff. 2).[25])

c. Die Wirkungen des Zuschlages sind mannigfaltiger Natur.

aa. Der Zuschlag schliesst die betreffende Steigerung formell ab.[26]) Ist kein Angebot erfolgt, auf das hin ein Zuschlag erfolgen konnte, so wird eine zweite Steigerung angeordnet. Die Bieter der ersten Steigerung sind ihres Angebotes entbunden (B 126, Al. 2).

bb. Für den Bieter, welcher ein genügendes Meistangebot gemacht hat, zieht der Zuschlag das Recht nach sich, gegen Bezahlung des Kaufpreises die Übertragung des ersteigerten Gegenstandes zu Eigentum zu verlangen (arg. B 129, Al. 2). Einen direkten Eigentumsübergang als unmittelbare Folge des Zuschlages nimmt die herrschende Meinung nicht an, vielmehr ist der Betreibungsbeamte verpflichtet, die Uebertragung des Gegenstandes auf den Ersteigerer zu bewirken.[27]) Befindet sich

---

[23]) Ebenso Jaeger, Art. 126, N. 4; dagegen Reichel, Art. 126, N. 3.

[24]) Nicht deutlich ist in dieser Beziehung BE XXVIII (1). 72.

[25]) Jaeger, Art. 125, N. 2 nimmt an, dass das kantonale Recht für den Zuschlag besondere Formen vorsehen kann; vergl. auch A II, 83, 86.

[26]) Der Betreibungsbeamte hat nicht das Recht, den Zuschlag zu verweigern, sofern die Voraussetzungen desselben gemäss B 126, Al. 1 gegeben sind. Gegen eine solche Weigerung kann Beschwerde geführt werden; vergl. Jaeger, Art. 125, N. 2; A IV, 18, 20, 53, 80; BE XXII, 112.

[27]) Vergl. auch Huber a. a. O. ZschwR NF XXIV, S. 323.

dabei der Gegenstand in Verwahrung des Betreibungsamtes, so erfolgt eine direkte Uebergabe. Ist er aber gemäss B 98, Al. 2 noch in Händen des Schuldners oder eines Dritten, so hat ihn der Betreibungsbeamte diesen Personen zu Handen des Ersteigerers abzuverlangen, wozu er gegebenen Falles die Polizeigewalt in Anspruch nehmen kann. Der Ersteigerer braucht also in keinem Fall gegenüber dem dritten Inhaber der Sache auf dem Zivilprozesswege vorzugehen.[28])

Streitig ist die Frage, auf welchen Rechtstitel sich der Anspruch des Ersteigerers auf Eigentumsübertragung stützt. Die bisherige Praxis nahm an, dass dieser Titel durch ein Kaufgeschäft im privatrechtlichen Sinne gebildet werde (vergl. § 34, II, Ziff. 4 hievor).[29]) Logischerweise müsste danach der Ersteigerer seinen Anspruch im Streitfall auf dem Zivilprozesswege geltend machen, wobei sich sofort die schwierige Frage erheben würde, gegen wen sich eine solche Klage zu richten hätte.[30]) Aus dem Gesetze ergibt sich aber ein Anhaltspunkt für die Zulässigkeit eines richterlichen Eingreifens nicht, während sonst B die Fälle eines solchen immer ausdrücklich feststellt (vergl. B 17, Al. 1). Infolgedessen liegt es näher — wie dies übrigens ohne weiteres aus der öffentlichrechtlichen Natur der Verwertung hervorgeht — anzunehmen, dass auch der Anspruch des Ersteigerers auf Übertragung des ersteigerten Gegenstandes betreibungsrechtlich ist und deshalb im Streitfall nur auf dem Beschwerdewege durchgesetzt werden kann.[31]) Im

[28]) Ebenso Huber a. a. O. S. 325.

[29]) Vergl. BE XXVIII (2), 38, sowie die in § 34 hievor Note 17 zit. Judikatur.

[30]) Die Folgerung, dass der Ersteigerer seinen Anspruch aus dem Zuschlage auf dem Zivilprozessweg durchzusetzen habe, wird gezogen in A VI, 15, wo betont wird, dass die Aufsichtsbehörde dem Betreibungsbeamten höchstens ihre Billigung oder Missbilligung über sein Vorgehen aussprechen, jedoch selbst keine Entscheidung fällen könne. Ebenso Jaeger, Art. 125, N. 2, welcher annimmt, der Betreibungsbeamte könne in diesem Falle prozessieren und sich für die Prozesskosten vom Gläubiger oder Schuldner Sicherheit leisten lassen.

[31]) Dies ist wohl auch die Ansicht von Huber, a. a. O., S. 323 ff.

künftigen Recht ist für die Richtigkeit dieser Ansicht ein Argument auch aus B 136bis (ZGBE 60) zu ziehen.

Irgendwelche andere Ansprüche als denjenigen auf Übertragung des Gegenstandes erhält der Ersteigerer nicht. Namentlich finden die Bestimmungen in OR 243—259 betreffend die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nicht Anwendung, da sie in B nicht ausdrücklich vorbehalten sind und infolge der öffentlichrechtlichen Natur der vorliegenden Veräusserung auch nicht etwa analog angewendet werden dürfen.[32]) Aber auch eine Gewährleistung des veräusserten Rechtes gemäss OR 235—242 findet nicht statt. Gehörte nämlich die versteigerte Sache nicht dem betriebenen Schuldner, sondern einem Dritten, so war dem letztern Gelegenheit geboten, sie auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens aus dem Pfändungsnexus zu befreien. Fällt ihm hierin eine Säumnis zur Last, so hat er eben nach gesetzlicher Vorschrift sein Recht in dem betreffenden Betreibungsverfahren verwirkt. Wurde ihm aber keine Gelegenheit dazu geboten, so kann er sein Recht gemäss B 107, Al. 4 nachträglich noch mit Bezug auf den Erlös geltend machen. Daraus folgt arg. e contrario, dass er nicht etwa dem Ersteigerer die Sache abverlangen kann, da sie dieser durch einen gültigen Betreibungsakt erworben hat. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht nur hinsichtlich verlorener und gestohlener Sachen, auf welche gemäss B 108 die Vorschriften in OR 206 und 207 anwendbar sind (vergl. § 32, I, Ziff. 1 hievor).[33])

cc. Mit dem Anspruch auf Eigentumsübertragung erwächst aber dem Ersteigerer aus dem Zuschlag auch die Pflicht zur Bezahlung des Steigerungspreises und zur Erfüllung der ihm vor der Steigerung bekannt gegebenen Steigerungsbedingungen.[34]) Dies bezieht sich

---

[32]) Ebenso Huber, a. a. O.. S. 108 ff.

[33]) In diesem Sinne auch Huber, a. a. O., S. 326 ff. Doch will er zu Unrecht die Entwährung gegenüber dem bösgläubigen Ersteigerer nicht bloss in dem durch B 108 hervorgehobenen Fall eintreten lassen.

[34]) Ebenso Huber, a. a. O., S 302 ff.

namentlich auf die Bezahlung der dem Ersteigerer durch die Steigerungsbedingungen übertragenen Kosten, sowie auf die Leistung besonderer Sicherheiten für den Steigerungspreis.

Mit Rücksicht auf die öffentlichrechtliche Natur der Steigerung kann der Erwerber nicht etwa nachträglich eine Aufhebung der übernommenen Verpflichtungen durch Anrufung der Bestimmungen in OR 18 ff. betreffend die Mängel des Vertragschlusses herbeiführen, da hier eben ein Vertrag nicht vorliegt.[35])

Auf der andern Seite aber kann die Übernahme des ersteigerten Gegenstandes und die Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen gegenüber dem Ersteigerer nicht erzwungen werden. Im Falle einer Weigerung seinerseits bleibt vielmehr nur die Anordnung einer neuen Steigerung gemäss B 129, Al. 2 übrig (vergl. unten Ziff. 5).

d. Die Anfechtung des Zuschlages als einer betreibungsrechtlichen Verfügung kann nur auf dem Beschwerdeweg erfolgen.[36]) Legitimiert hiezu sind sämtliche an der Versteigerung als solcher beteiligten und interessierten Personen, also namentlich Gläubiger, Schuldner, Ersteigerer und Mitbieter.[37]) Die Beschwerde kann sich

[35]) Ebenso Huber, a. a. O., S. 294, 299.

[36]) Vergl. auch Huber, a. a. O., S. 276 ff. Eine Bestätigung dafür schafft nun auch die Vorschrift B 136bis (ZGBE 60), welche zwar ihrer Stellung im System nach nur auf die Liegenschaftssteigerung Anwendung findet. Ein Unterschied in der rechtlichen Natur kann aber vernünftigerweise für die beiden Arten der Steigerung nicht angenommen werden. Die bisherige Praxis wollte die Anfechtung des Steigerungszuschlages mit Rücksicht auf den von ihr angenommenen privatrechtlichen Charakter der Veräusserung auf den Prozessweg verweisen; vergl. BE XXX (1), 31, sowie die in § 9 hievor, Note 36 und bei Huber, a. a. O., S. 332, N. 114 zit. Entscheide.

[37]) Ob, wie Huber, a. a. O., S. 277 annimmt, auch die am Steigerungsgegenstand dinglich Berechtigten, sowie die Bürgen des Ersteigerers zur Beschwerde legitimiert sind, erscheint als zweifelhaft. Die erstern haben, abgesehen von den Pfandgläubigern, ihre Interessen nicht bei der Steigerung, sondern im Widerspruchverfahren zu wahren; die letztern kommen zur Zeit des Zuschlages noch gar nicht in Betracht, und die Interessen der Pfandgläubiger werden durch die Vorschrift in B 126, Al. 1 genügend gewahrt.

dabei sowohl gegen die Erteilung des Zuschlages als auch gegen seine Verweigerung richten. Wird der erteilte Zuschlag aufgehoben, so fällt auch der Eigentumserwerb des Ersteigerers dahin, und es muss eine neue Steigerung stattfinden (vergl. B 136bis).

4. Die Bezahlung des Steigerungspreises wird durch das Gesetz besondern Regeln unterstellt.

a. Grundsatz ist, dass die Versteigerung gegen Barzahlung geschieht (B 129, Al. 1). Der Ersteigerer hat also regelmässig alle Geldleistungen, welche er gemäss Steigerungsbedingungen, Angebot und Zuschlag übernommen hat, sofort in bar zu machen.[38] Dies bezieht sich nicht nur auf den Steigerungspreis als solchen, sondern auch auf allfällig übernommene Steigerungskosten.[39]

b. Als Ausnahme kann der Betreibungsbeamte einen Zahlungstermin von höchstens zwanzig Tagen gestatten. Die Übergabe findet in jedem Falle nur gegen Erlegung des Kaufpreises statt (B 129, Al. 2). Diese Anordnung kann sowohl in den Steigerungsbedingungen als auch nach erfolgtem Zuschlag geschehen. Ist das erstere der Fall, so hat der Ersteigerer ein Anrecht auf die Gewährung des Zahlungstermins, während dieselbe sonst in das Ermessen des Betreibungsbeamten gestellt ist. Der letztere kann in beiden Fällen an die Gewährung eines Termins besondere Bedingungen knüpfen, z. B. Bürgschaft oder andere Sicherheiten verlangen (arg. B 129, Al. 4).[40]

Wird die Zahlung nicht rechtzeitig geleistet, so hat der Betreibungsbeamte eine neue Steigerung anzuordnen (B 129, Al. 1). Diese Anordnung geschieht von Amtes wegen, ohne dass dazu ein Begehren des betreibenden Gläubigers notwendig wäre.[41] Ebensowenig braucht ihr

---

[38]) Teilzahlungen braucht der Beamte nicht anzunehmen; vergl. Jaeger, Art. 129, N. 2.

[39]) Ist der Ersteigerer zugleich der zunächst auf den Erlös berechtigte Gläubiger, so kann er verrechnen; vergl. Reichel, Art. 129, N. 1.

[40]) Ebenso Jaeger, Art. 129, N. 4.

[41]) Vergl. A V. 26.

eine Mahnung an den säumigen Ersteigerer, und noch weniger ein Versuch, den Steigerungspreis rechtlich einzutreiben, vorauszugehen (vergl. oben Ziff. 3, lit. c, cc).[42])

Der frühere Ersteigerer und seine Bürgen haften für den Ausfall und allen weitern Schaden. Der Zinsverlust wird hiebei zu fünf vom Hundert berechnet (B 129, Al. 3). Es kommen hier demnach verschiedene Posten in Betracht:

aa. Die Differenz zwischen dem in der frühern und dem in der zweiten Steigerung erzielten Erlös. Kann in der zweiten Steigerung die Sache gar nicht hingegeben werden, weil entweder kein Angebot erzielt wurde, oder aber ein solches, welches den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen nicht übersteigt (vergl. oben Ziff. 3, lit. a, dd), so beträgt der zu vergütende Ausfall jedenfalls die Differenz zwischen dem in der ersten Steigerung erzielten Angebot und dem Betrag der vorhergehenden pfandversicherten Forderungen.[43])

bb. Der durch die Nichtbezahlung entstandene weitere Schaden besteht aus den Steigerungskosten, aus den aufgelaufenen Zinsen für allfällige nach den Steigerungsbedingungen aus dem Steigerungserlös zurückzubezahlende Pfandschulden, sowie aus dem Zins für die in Betreibung gesetzte Forderung während der Zeit zwischen der ersten und der zweiten Steigerung.

cc. Der Zinsverlust von 5% berechnet sich von allen Geldleistungen, die der Ersteigerer zu machen hatte.

---

[42]) Ebenso Jaeger, Art. 129, N. 6, sowie A V, 101, welche sich aber nicht klar darüber ausdrücken, ob eine solche Eintreibung überhaupt möglich wäre. Eine besondere betreibungsrechtliche Verfügung der Rückgängigmachung der Steigerung, wie sie Huber, a. a. O., S. 310 verlangt, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Sie ist, sofern sofort eine neue Verwertung erfolgt, nicht nötig.

[43]) Dagegen kann der säumige Ersteigerer nicht dafür verantwortlich gemacht werden, wenn auch der Ersteigerer der zweiten Steigerung nicht bezahlt; mit andern Worten, das Resultat der zweiten Steigerung muss auf jeden Fall von der Ersatzsumme abgezogen werden.

Der Betreibungsbeamte[44]) hat die Ersatzsumme festzustellen und vom säumigen Ersteigerer einzufordern.[45]) Weigert sich der letztere, zu bezahlen, so kann die Einforderung der geschuldeten Summe nur auf dem Zivilprozessweg erfolgen. Zur Anhebung der Klage ist aber der Betreibungsbeamte weder verpflichtet noch auch legitimiert. Er hat vielmehr den Anspruch, sofern sein Betrag zur Deckung der beteiligten Gläubiger notwendig ist, gleich wie eine gepfändete Sache zu versteigern.[46]) Er kann ihn aber auch unter den in B 131, Al. 1 und 2 vorgesehenen Bedingungen an alle oder an einzelne betreibende Gläubiger an Zahlungsstatt oder zur Eintreibung abtreten (vergl. unten IV, Ziff. 2 und 3).[47]) Ist die Inanspruchnahme dieses Betrages zur Deckung der beteiligten Gläubiger nicht erforderlich, oder wird die Betreibung aus irgend einem Grunde aufgehoben, so geht der Anspruch prinzipiell an den Schuldner über. In diesem Falle sind seitens des Betreibungsamtes keine weitern Massnahmen notwendig.

5. Eine zweite Steigerung kann nur in den vom Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Fällen stattfinden. Der Betreibungsbeamte kann sie also nicht nach eigenem Ermessen zur Ausnützung der Konjunktur anordnen.

---

[44]) Es steht also nicht etwa dem betreibenden Gläubiger oder einem am Steigerungsobjekt dinglich Berechtigten ein Schadenersatzanspruch gegen den Ersteigerer zu. Zum gleichen Resultat kommt auch BE XXVIII (2), 69, jedoch m. E. mit unrichtiger Begründung; vergl. auch BE XXXI (2), 48.

[45]) Der Ersteigerer kann gegen die Art und die Festsetzung Beschwerde führen; vergl. Jaeger, Art. 129, N. 9, sowie A IV, 64.

[46]) BE XXIX (1), 127 nimmt an, dass er ihn auch gemäss B 130, Ziff. 1 freihändig verkaufen könne. Jedenfalls aber muss eine betreibungsamtliche Verwertung des Anspruches stattfinden, sofern ohne eine solche die beteiligten Gläubiger nicht vollständig gedeckt werden können. Bevor dieselbe erfolgt ist, darf ein Verlustschein nicht ausgestellt werden; vergl. BE XXVIII (2), 69, XXIX (1), 127, sowie Huber, a. a. O, S., 311.

[47]) Ebenso BE XXVIII (2), 69, XXIX (1) 127. Der Gläubiger, welchem der Anspruch an Zahlungsstatt abgetreten wird, kann in eigenem Namen gegen den Ersteigerer vorgehen; vergl. BE XXX (2), 17.

a. Die gesetzlichen Voraussetzungen machen sich nach zwei Richtungen hin geltend.

aa. Eine zweite Steigerung erfolgt, wenn in der ersten Steigerung kein Angebot erzielt wurde, welches den Schatzungswert des Gegenstandes erreichte und den Betrag allfälliger den betreibenden Gläubigern im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt (B 126, Al. 2; vergl. oben Ziff. 3, lit. a, cc, dd).

bb. Sie findet ferner dann statt, wenn der Ersteigerer der ersten Steigerung nicht rechtzeitig Zahlung leistete (B 129, Al. 2; vergl. oben Ziff. 4).

b. Das Verfahren der zweiten Steigerung ist das nämliche wie dasjenige der ersten. Namentlich sind die Bestimmungen in B 125 betreffend die Bekanntmachung der Steigerung auch hier massgebend (B 127, Al. 1; vergl. oben Ziff. 1 und 2).[47a])

c. Ein Unterschied gegenüber der ersten Steigerung liegt einzig in den Bedingungen des Zuschlages. Der Verkaufsgegenstand wird bei der zweiten Versteigerung dem Meistbietenden zugeschlagen, sofern das Angebot den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt (B 127, Al. 2, 129, Al. 3). Die Erreichung des Schatzungswertes ist also hier nicht erforderlich. Ebenso ist es durchaus einerlei, um wieviel das erzielte Angebot den Betrag der vorgehenden Pfandforderungen übersteigt.[48]) Erfolgt kein solches Angebot, so fällt die Betreibung in Hinsicht auf diesen Gegenstand dahin, sofern es sich um eine zweite Steigerung infolge ungenügenden Angebotes bei der ersten handelt (B 127, Al. 3). Für den Fall der zweiten Steigerung infolge Säumnis des ersten Ersteigerers dagegen enthält das Gesetz keine derartige Vorschrift, indem B 129, Al. 3 nur B 127, Al. 2, nicht aber B 127, Al. 3 als analog anwendbar erklärt. Infolgedessen muss es hier dem Be-

[47a]) Die Anwendbarkeit von B 125 darf auch für den Fall in B 129, Al. 2 angenommen werden, trotzdem sie dort nicht ausdrücklich erwähnt wird.

[48]) Ebenso Jaeger, Art. 127, N. 4, sowie BE XXII, 112.

treibungsbeamten freistehen, entweder vom ersten Ersteigerer die Differenz zwischen seinem Angebot und dem Betrag der vorgehenden Pfandforderungen als Schadenersatz zu verlangen (vergl. oben Ziff. 4, lit. b, aa), oder aber eine neue (dritte) Steigerung anzuordnen. Eine solche dritte Steigerung kann auch dann nötig werden, wenn der Erwerber bei der zweiten Steigerung seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

IV. Ausserordentliche Arten der Verwertung.

Unter gewissen Voraussetzungen können an Stelle der Zwangsversteigerung auch bestimmte besondere Verwertungsarten treten, nämlich der Verkauf aus freier Hand, die Abtretung gepfändeter Forderungen an Zahlungsstatt, die Übernahme gepfändeter Forderungen zur Einkassierung, sowie endlich die durch die Aufsichtsbehörde mit Rücksicht auf die Natur einzelner Vermögensgegenstände angeordnete spezielle Art der Liquidation.

1. Der Verkauf aus freier Hand kann, wie die Zwangsversteigerung, nur durch das Betreibungsamt vorgenommen werden und ersetzt die erstere in ihren Wirkungen.[49]) Infolgedessen kommt ihm auch die nämliche rechtliche Natur zu wie der Steigerung selbst: Er stellt kein privatrechtliches Kaufgeschäft dar, dessen Abwickelung und Folgen sich nach den obligationenrechtlichen Vorschriften bestimmen, sondern einen rein betreibungsrechtlichen Veräusserungsakt. Seine Einwirkung auf die Rechte und Pflichten des Erwerbers sind demnach die gleichen wie bei der Versteigerung (vergl. oben III, Ziff. 3, lit. c). Darauf weist auch B 108 hin, wo der freihändige Verkauf durch den Betreibungsbeamten der öffentlichen Steigerung ausdrücklich gleichgestellt wird. Auch die Effektuierung, sowie die Anfechtung des freihändigen Verkaufes haben in gleicher Weise zu geschehen, wie diejenige einer Zwangsversteigerung. Die Anfechtung kann somit immer nur auf dem

---

[49]) Vergl. BE XXI, 148. Die Verantwortlichkeit des Betreibungsbeamten ist hier die gleiche wie bei der Versteigerung; vergl. A V, 25.

Beschwerdewege erfolgen. Auch hier soll ferner die Sache bis zur Bezahlung des Kaufpreises nicht übertragen werden, und es bildet die Barzahlung die Regel. Wird dagegen eine Zahlungsfrist gewährt — was wohl in Anlehnung an B 129, Al. 2 zulässig sein muss —, und wird nicht rechtzeitig Zahlung geleistet, so hat der Betreibungsbeamte einfach die Versteigerung der Sache, bezw. wenn dies die Umstände erfordern, einen neuen freihändigen Verkauf anzuordnen. Der gegenüber dem säumigen Käufer allfällig entstandene Schadenersatzanspruch (speziell für Zinsverlust und entgangenen Gewinn) ist in gleicher Weise zu realisieren, wie derjenige gegenüber einem säumigen Ersteigerer (vergl. oben III, Ziff. 4, lit. b). Ist deshalb sein Betrag zur Deckung der beteiligten Gläubiger notwendig, so ist der Anspruch entweder zu versteigern oder gemäss B 131 den betreibenden Gläubigern abzutreten, bezw. zur Einkassierung zu überweisen. Ist die Verwertung des Anspruchs aus irgend einem Grunde für die Bedürfnisse der hängigen Betreibung nicht erforderlich, so geht die Forderung gegen den säumigen Käufer auf den Betriebenen selbst über (vergl. oben III, Ziff. 4, lit. b in fine).

Die Vornahme eines freihändigen Verkaufes im einzelnen Falle ist, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen zutreffen, in das Ermessen des Betreibungsbeamten gestellt. Derselbe kann ihn vornehmen oder durch die Steigerung ersetzen, je nachdem es die tatsächlichen Verhältnisse, sowie die Interessen der Gläubiger und des Schuldners erfordern.[50]) Der Verkauf aus freier Hand kann unter den folgenden Voraussetzungen an Stelle der Versteigerung treten:

a. Auf Begehren aller Beteiligten (B 130, Ziff. 1). Als Beteiligte kommen dabei in Betracht alle Gläubiger, welche berechtigt sind, die Verwertung zu verlangen (vergl. § 34, I, Ziff. 1 hievor),[51]) sowie der Schuld-

[50]) Der Verkauf kann auch an einen Gläubiger geschehen; vergl. BE XXIII, 104; sowie Jaeger, Art. 130, N. 2.

[51]) Gleichgültig, ob dem betreffenden Gläubiger aus dem Erlös der Sache voraussichtlich etwas zukommen wird oder nicht; vergl. BE XXXI (1), 89; A VIII, 69, X, 6. Er ist deshalb auch zur Beschwerde gegen den Verkauf legitimiert.

ner und allfällige Pfandgläubiger, welche auf den Erlös der betreffenden Sache einen Anspruch haben.[52])

b. Wenn Wertpapiere oder andere Gegenstände, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, zu verkaufen sind und der angebotene Preis dem Tageskurse gleichkommt (B 130, Ziff. 2).[53])

c. Wenn auf Gold- oder Silbersachen, für welche bei der Steigerung die Angebote den Metallwert nicht erreichten, dieser Preis angeboten wird (B 130, Ziff. 3; vergl. oben Ziff. 3, lit. a, ee).

d. In dem durch B 124, Al. 2 vorgesehenen Falle des sog. Notverkaufes (B 130, Ziff. 4; vergl. oben II, Ziff. 1, lit. a, bb).

2. Die Abtretung an Zahlungsstatt bildet in gewissem Sinn eine Ausnahme von dem im Gesetz vorgesehenen Versilberungsprinzip. Geldforderungen des Schuldners, welche keinen Markt- oder Börsenpreis haben, werden, wenn sämtliche pfändende Gläubiger es verlangen, entweder der Gesamtheit der Gläubiger oder einzelnen von ihnen für gemeinschaftliche Rechnung zum Nennwert an Zahlungsstatt angewiesen. In diesem Falle treten die Gläubiger bis zur Höhe ihrer Forderungen in die Rechte des betriebenen Schuldners ein (B 131, Al. 1).[54])

Im Gegensatz zum freihändigen Verkauf ist für die Anwendung dieser Verwertungsart nicht das Ermessen des Betreibungsbeamten, sondern die übereinstimmende Willensäusserung sämtlicher betreibender Gläubiger massgebend.[55])

[52]) Ebenso Jaeger, Art. 130, N. 3.

[53]) Wertpapiere kommen hier nur in Betracht, wenn sie gleichsam eine Gattungssache darstellen, also nicht etwa Grundpfandtitel, die nicht in Partialen zerlegt sind; vergl. BE XXX (1), 137.

[54]) Eine solche Abtretung kann nicht etwa schon im Pfändungsstadium vorgenommen werden, da sie eben eine eigentliche Verwertungsart darstellt; vergl. BE XXVI (1), 100.

[55]) Es kann deshalb eine solche Forderung einem Gläubiger nicht etwa gegen seinen Willen zugewiesen werden, wie dies in A V, 95 gebilligt wurde (vergl. die gerechtfertigte Kritik von Brüstlein, a. a. O. und Reichel, Art. 131, N. 1). Richtig nun auch BE XXVIII (1), 24. Eine Anfechtung der Übertragung kann nur durch Beschwerde erfolgen; vergl. BE XXX (2), 17.

Es handelt sich dabei, trotz der im Gesetz gewählten Bezeichnung, nicht um eine Anweisung im juristisch-technischen Sinn, sondern um eine Abtretung.

a. Die Voraussetzungen derselben bestehen in folgendem:

aa. Es muss sich um Geldforderungen des Schuldners ohne Markt- und Börsenpreis handeln. Körperliche Gegenstände sind a priori ausgeschlossen und ebenso Ansprüche, welche nicht auf eine Geldzahlung gehen. Hat die Forderung einen Markt- oder Börsenpreis, so soll sie gemäss B 130, Ziff. 2 verwertet und nicht abgetreten werden.

bb. Sämtliche pfändende Gläubiger müssen diese Abtretung verlangen. Darunter sind diejenigen und nur diejenigen Gläubiger zu verstehen, welche im Momente der Abtretung einen Anspruch darauf besitzen, aus dem Erlös der Sache befriedigt zu werden, sei es direkt, sei es nach Deckung einer vorhergehenden Pfändungsgruppe.[56])

b. Empfänger der Abtretung im eigentlichen Sinn ist immer die Gesamtheit der auf den Erlös berechtigten Gläubiger, d. h. das Ergebnis der Abtretung muss allen diesen Gläubigern zu gute kommen. Dagegen können dieselben beschliessen, dass nominell die Abtretung nicht an die Gesamtheit, sondern an einzelne Gläubiger erfolgt, jedoch für gemeinsame Rechnung, d. h. mit dem Resultate, dass ein allfälliges Ergebnis der Gesamtheit zu gute kommt.[57])

---

[56]) Ebenso BE XXVIII (1), 24 und Jaeger, Art. 131, N. 2. Reichel, Art. 131, N. 1 will überhaupt nur die Gläubiger der gleichen Gruppe zulassen. Jedenfalls aber hat der Schuldner niemals etwas dazu zu sagen; vergl. A VIII, 83. Unter den beteiligten Gläubigern muss immer Einstimmigkeit herrschen.

[57]) Die Ausdrucksweise in B 131, Al. 1 ist nicht sehr klar. Man könnte sich fragen, auf wen der Ausdruck «für gemeinschaftliche Rechnung» Bezug hat, ob auf die einzelnen Gläubiger, welchen abgetreten wird, oder auf die Gesamtheit. Dass das letztere gemeint ist, erhellt aus der Redaktion im bundesrätlichen Entwurf (Art. 139, Al. 2), wo gesagt war, dass die Forderung «entweder der Gesamt heit oder einer gewissen Anzahl der pfändenden Gläubiger oder

c. Die Wirkung der Abtretung macht sich nach zwei Richtungen hin geltend:

aa. Die Forderung wird den Gläubigern zum Nennwert an Zahlungsstatt angewiesen. Bis zum Nominalbetrag der abgetretenen Forderung gilt deshalb der Betreibungsanspruch der Gläubiger als getilgt und die Betreibung als beendigt. Beim Stillschweigen des Gesetzes muss angenommen werden, dass die Abtretung ohne Gewährleistungspflicht für die Einbringlichkeit erfolgt. Einzig für den Fall, dass die Forderung gar nicht besteht, geht auch der Betreibungsanspruch nicht unter, da eben unter diesen Umständen eine Hingabe an Zahlungsstatt nicht erfolgen konnte.[58])

bb. Die Gläubiger treten bis zur Höhe ihrer Forderungen in die Rechte des betriebenen Schuldners ein. Sie werden also für diesen Betrag Gläubiger des Drittschuldners, während für einen allfälligen Überschuss der Betriebene seinen Anspruch gegen jenen behält. Dies beweist eben, dass es sich hier nicht sowohl um eine Anweisung, als vielmehr um eine Zession analog der in OR 183 ff. vorgesehenen handelt.[59]) Mit Rücksicht auf den öffentlichrechtlichen Charakter dieser Abtretung dürfen aber die zivilrechtlichen Bestimmungen betreffend die Zession nicht schlechtweg angewendet werden. Dies gilt namentlich hinsichtlich der in OR 192 ff. vorgesehenen Gewährleistungspflicht (vergl. oben lit. aa).

Der Drittschuldner hat gegenüber den in die Forderung eingetretenen Gläubigern alle und nur diejenigen Einreden, welche ihm gegenüber dem betriebenen Schuldner in dem Momente zustanden, als ihm die Pfändung und die daraus resultierende Sperrung der Forderung durch den

---

einem von ihnen für gemeinschaftliche Rechnung zuzuweisen sei». Wie oben im Text auch Jaeger, Art. 130, N. 5 und Martin p. 115, welche die betreffenden Gläubiger als Mandatare der Gesamtheit bezeichnen.

[58]) So auch Reichel, Art. 131, N. 2 und Jaeger, Art. 131, N. 6.

[59]) Der bundesrätliche Entwurf sprach denn auch in Art. 139, Al. 3 zutreffender von einer Zuweisung der Forderung.

Betreibungsbeamten gemäss B 99 angezeigt wurde (vergl. § 30, III, Ziff. 3 hievor).

Die Verurkundung der Abtretung geschieht durch einen Vermerk im Verwertungsprotokoll, dessen Abschrift dem angewiesenen Gläubiger gegenüber dem Drittschuldner als Legitimation dient (Verordnung Nr. 1, Art. 19, Al. 1).[60]) Ferner muss dem Gläubiger auch die Forderungsurkunde übergeben werden, sofern er wenigstens in die ganze Forderung sukzediert.

3. Die Übernahme gepfändeter Ansprüche zur Eintreibung ist ebenfalls an das Verlangen sämtlicher am Erlös des Anspruches beteiligter pfändender Gläubiger geknüpft. Unter dieser Bedingung können die pfändenden Gläubiger oder einzelne von ihnen, ohne Nachteil für ihre Rechte gegenüber dem betriebenen Schuldner, aber auf ihre Gefahr, die Eintreibung eines gepfändeten Anspruches übernehmen (B 131, Al. 2).[61]) In Betracht kommen hier nicht allein Geldforderungen, sondern alle Arten der gepfändeten Ansprüche.

Es handelt sich dabei nicht um eine Abtretung des Anspruches, sondern um ein blosses Inkassomandat. Die betreffenden Gläubiger treten deshalb auch nicht in eigenem Namen auf, sondern im Namen und Auftrag des Betreibungsamtes, als dessen Organe sie vorgehen und dem auch ein allfälliger eingetriebener Betrag abzuliefern ist. Daraus folgt, dass ihnen der Drittschuldner alle und nur diejenigen Einreden entgegenhalten kann, welche ihm gegenüber einer Eintreibung seitens des Betreibungsamtes selbst zustehen, also diejenigen, welche er im Momente der ihm

---

[60]) Nur sie kann wohl unter der in BE XXXI (1), 31 als notwendig bezeichneten «Abtretungsurkunde» verstanden sein.

[61]) In dem Verlangen um Abtretung gemäss B 131, Al. 1 liegt nicht implicite auch dasjenige um Übergabe zur Eintreibung gemäss B 131, Al. 2. Der Betreibungsbeamte kann deshalb nicht etwa nach eigenem Ermessen statt der erstern die letztere anordnen; vergl. BE XXVIII (1), 24. Umgekehrt aber ist er auch nicht verpflichtet, eine gepfändete Forderung selber rechtlich einzukassieren; vergl. BE XXII, 50.

gemachten Pfändungsanzeige gemäss B 99 gegenüber seinem Gläubiger, dem Betriebenen, besass.

Auf der andern Seite aber übt diese Übernahme — im Gegensatz zu der Abtretung gemäss B 131, Al. 1 — keinen Einfluss auf den Bestand der Betreibungsforderung des übernehmenden Gläubigers aus. Diese Forderung bleibt vielmehr in Kraft, bis sie effektiv getilgt wurde. Dies ist die Bedeutung des in B 131, Al. 1 gebrauchten Ausdruckes «ohne Nachteil für ihre Rechte gegenüber dem betriebenen Schuldner». Dagegen übernimmt der betreffende Gläubiger die Eintreibung auf seine Gefahr, d. h. wird durch sein Verschulden die Eintreibung verunmöglicht — z. B. infolge Verjährung, Verwirkung oder Fristablaufs – so hat er für den entstandenen Schaden aufzukommen.

Umgekehrt aber dient das Ergebnis der Eintreibung vorab zur Deckung der Auslagen und der Forderungen derjenigen Gläubiger, welche in dieser Weise vorgegangen sind (B 131, Al. 2). Die übrigen haben lediglich einen Anspruch auf einen allfälligen Überschuss. Die Auslagen der Eintreibung sind dem Betreibungsamte nachzuweisen, und dieses setzt ihren zu admittierenden Betrag fest. Sind die betreffenden Gläubiger oder der Betriebene selbst mit dieser Festsetzung nicht einverstanden, so können sie dagegen Beschwerde führen. Die übrigen Gläubiger können den admittierten Betrag nur im Wege der Anfechtung eines allfälligen Kollokationsplanes gemäss B 148 bestreiten.[62]) Braucht kein Kollokationsplan aufgestellt zu werden, so haben sie auch kein Interesse an einer Bestreitung, da sie ja selbst voll befriedigt werden.

4. Die Verwertung von Vermögensbestandteilen bestimmter Art kann oft nicht nach dem ordentlichen Verfahren geschehen, weil in demselben ein dem Werte des betreffenden Gegenstandes entsprechender Erlös der Natur der Sache nach nicht erzielt werden könnte.

---

[62]) In diesem Sinne auch BE XXIV (1), 21. Jaeger, Art. 131. N. 13 scheint anzunehmen, dass das Betreibungsamt zu einer Bestimmung der Höhe der Auslagen nicht befugt sei.

a. Die in Betracht kommenden Ansprüche werden in B 132, Al. 1 beispielsweise aufgezählt: Niessbrauch, Anteile an unverteilter Erbschaft, an Gesellschaftsgut oder an anderm Gemeinschaftsvermögen. Diese Aufzählung wird zunächst vermehrt durch B 132bis (ZGBE 60), welcher nun auch den Anteil an eine Gemeinderschaft hieherrechnet, dabei aber die Vorschrift in ZGB 344 betreffend die Abfindung des betriebenen Gemeinders durch die übrigen ausdrücklich vorbehält. Abgesehen hievon gehören jedoch noch andere Ansprüche des Schuldners hieher, deren Natur eine besondere Verwertungsart verlangt, wie z. B. Rentenrechte, Immaterialgüterrechte etc.[63])

b. Das hier einzuschlagende Verfahren wird im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Es wird vielmehr vorgesehen, dass in einem solchen Falle der Betreibungsbeamte die Aufsichtsbehörde um Bestimmung des Verfahrens zu ersuchen habe (B 132, Al. 1). Die Aufsichtsbehörde kann, nach Anhörung der Beteiligten, die Versteigerung anordnen, oder die Verwertung einem Verwalter übertragen, oder eine andere Vorkehrung treffen (B 132, Al. 2).[64])

Zu den Beteiligten, welche die Aufsichtsbehörde vor allem anzuhören hat, sind ausser dem betriebenen Schuldner und dem betreibenden Gläubiger namentlich auch diejenigen dritten Personen zu rechnen, welche an den betreffenden Vermögensbestandteilen mitberechtigt sind und deren Interessen deshalb durch die Verwertung berührt werden.[65]) Sie sind denn auch gegebenenfalls zur Beschwerdefüh-

---

[63]) Vergl. BE XXVII (1), 43, XXX (1), 24, XXXII (1), 82; A III, 44, 126, IV, 133; Jaeger, Art. 132, N. 1; Reichel, Art. 132, N. 1. Dagegen gehören nicht hieher bestrittene Geldforderungen des Schuldners. Dieselben sind vielmehr entweder zu versteigern oder gemäss B 131 zu behandeln; vergl. BE XXV (1), 78.

[64]) Wenn jedoch die am Vermögensbestandteil Mitbeteiligten die Ansprüche des Schuldners daran bestreiten und Alleineigentum beanspruchen, so darf die Verwertung nicht angeordnet werden, bevor das Widerspruchsverfahren gemäss B 106 ff. durchgeführt ist; vergl. A X, 91.

[65]) Nicht ganz klar BE XXV (1), 27.

rung gegenüber dem Vorgehen des Betreibungsamtes, soweit dasselbe überhaupt in Betracht kommt, legitimiert.[66]) Dagegen ist die anzuordnende Massnahme von der Zustimmung der Beteiligten unabhängig. Die Aufsichtsbehörde kann z. B. einen einzelnen der betreibenden Gläubiger mit der Realisierung des Anspruches betrauen, auch wenn die andern damit nicht einverstanden sind. B 131, Al. 2 ist somit hier nicht anwendbar.[67])

In jedem Falle muss aber das Liquidationsverfahren so gewählt werden, dass es nicht nur den Interessen der Betreibung dient, d. h. einen möglichst grossen Erlös sichert, sondern auch eine gerechte Berücksichtigung der Ansprüche allfälliger Mitbeteiligter des betriebenen Schuldners garantiert.[68])

c. Die Zeit dieser besondern Verwertung kann trotz Stillschweigens des Gesetzes hierüber nicht nach den für die gewöhnliche Verwertung aufgestellten Regeln bestimmt werden. Es muss dabei vielmehr auf die Natur des zu liquidierenden Anspruches Rücksicht genommen werden. B 122 ist somit nicht anwendbar.[69])

§ 36.

Die Verwertung der Liegenschaften.

I. Allgemeine Voraussetzungen.

Mit Rücksicht auf die Natur und die rechtlichen Beziehungen des zu verwertenden Gegenstandes weist die Verwertung der Liegenschaften nach mehreren Richtungen hin Verschiedenheiten gegenüber der Mobiliarverwertung auf.

---

[66]) Eine Weiterziehung gemäss B 19 ist nur möglich, wenn durch die Beschwerde die richtige Anwendung der Vorschrift in B 132 bestritten wird, nicht aber, wenn sie sich auf die Art und Weise der angeordneten Massnahme bezieht; vergl. BE XXV (1), 27, XXX (1), 26.

[67]) Ebenso auch Jaeger, Art. 132, N. 4 und A IV, 133.

[68]) Vergl. A III, 44, 126.

[69]) Ebenso BE XXIX (1), 50. Dagegen greifen natürlich auch die in B 116 vorgesehenen Fristen zur Stellung des Verwertungsbegehrens Platz; vergl. BE XXX (1), 24.

1. Die Verwertungsart ist ausschliesslich diejenige der Zwangsversteigerung (B 133, Al. 1). Ein freihändiger Verkauf ist auch dann ausgeschlossen, wenn alle Beteiligten einwilligen, oder wenn die Verwaltung der gepfändeten Liegenschaft unverhältnismässig grosse Kosten verursachen sollte.[1])

2. Die Zeit der Verwertung wird in B 133, Al. 1 in der Weise festgesetzt, dass bestimmt wird, die Liegenschaften seien im Laufe des zweiten Monates nach dem Verwertungsbegehren öffentlich zu versteigern.[2])

Von dieser Zeitbestimmung gibt es eine einzige Ausnahme. Es kann nämlich dem Schuldner — wie dies B 123 auch für die Mobiliarverwertung vorsieht — ein dreimonatlicher Aufschub der Verwertung bewilligt werden für den Fall, dass er sich verpflichtet, monatliche Abschlagszahlungen von mindestens einem Drittel der Betreibungssumme an das Betreibungsamt zu machen, und die erste Zahlung geleistet hat (B 133, Al. 2). Die Ordnung dieses Aufschubes ist also genau die gleiche wie bei der Mobiliarverwertung (vergl. § 35, II, Ziff. 3 hievor).[3])

3. Der Ort der Verwertung ist derjenige der gelegenen Sache. Wenn derselbe mit dem Betreibungsort nicht identisch ist, so muss die Verwertung auf dem Requisitionswege erfolgen (vergl. § 34, II, Ziff 1 hievor). Und zwar hat in diesem Falle das requirierende Amt auch alle für die Verwertung notwendigen Vorbereitungshandlungen zu treffen (vergl. unten II). Beschwerden hiegegen sind gegen das letztgenannte Amt zu richten.[4])

---

[1]) Anders verhält es sich mit der Liegenschaftsverwertung im Konkurs (vergl. B 256).

[2]) Die Frist ist eine Ordnungsfrist, deren Einhaltung auf die Gültigkeit der Pfändung und der Verwertung keinen Einfluss ausübt; vergl. BE XXXII (1), 23.

[3]) Wenn für eine Forderung sowohl Mobilien als auch Liegenschaften gepfändet sind, so darf der Aufschub nicht zweimal, d. h. sowohl bei Stellung des Begehrens um Verwertung der Mobilien (B 123), als auch anlässlich des Verwertungsbegehrens bezüglich der Liegenschaften (B 133, Al. 2) gewährt werden; vergl. A I, 58 (Bern).

[4]) Vergl. auch Jaeger, Art. 133, N. 2.

4. Eine Ausnahme von der **gewöhnlichen** Verwertungsart schafft nun B 143bis (ZGBE 60) mit Bezug auf die Heimstätten, indem dort vorgeschrieben wird: «Die Bestimmungen des ZGB und die ergänzenden Vorschriften der Kantone betreffend die Heimstätten bleiben vorbehalten».

Der Sinn dieser nicht sehr klaren Bestimmung kann nur der sein, dass gemäss ZGB 354, Al. 3 eine Zwangsvollstreckung, und damit auch eine Verwertung, gegenüber einer als Heimstätte bezeichneten Liegenschaft und ihrer Zubehör nicht erfolgen darf. Zur Befriedigung allfälliger Gläubiger dient vielmehr lediglich die in ZGB 356 vorgesehene Zwangsverwaltung.

II. Die Vorbereitung der Versteigerung.

Behufs Abhaltung einer Liegenschaftssteigerung sind verschiedene Vorbereitungshandlungen notwendig, nämlich die Aufstellung der Steigerungsbedingungen, die Feststellung und Bereinigung der auf der Liegenschaft haftenden dinglichen Rechte, die Schätzung der Liegenschaft und endlich die Steigerungspublikation.

1. Die Steigerungsbedingungen bilden die für die steigerungsmässige Hingabe der Liegenschaften im einzelnen Falle gesetzte Norm. Die darin aufgenommenen Bedingungen und Vorbehalte, und nur diese, sind für die Übernahme der Liegenschaft durch den Ersteigerer und die von ihm zu machenden Gegenleistungen und zu übernehmenden Verpflichtungen massgebend. In keinem Falle darf seine Stellung gegenüber der in den Steigerungsbedingungen vorgesehenen verschlechtert werden.[5])

[5]) Ebenso Reichel, Art. 134, N. 1. Die Steigerungsbedingungen können immerhin bis zur erfolgten Steigerung abgeändert werden, sofern sich der eine oder andere Punkt als unzweckmässig herausstellt; vergl. Jaeger, Art. 134, N. 4. Dagegen darf eine solche Abänderung nicht erfolgen mit Bezug auf die aufhaftenden dinglichen Rechte, soweit dieselben gemäss B 140 gerichtlich festgestellt wurden, oder wenn eine gemäss B 106, 107 angesetzte Frist nicht eingehalten wurde (vergl. A V, 109, 137).

a. Die Festsetzung der Steigerungsbedingungen ist Sache des Betreibungsamtes. Es hat sie in ortsüblicher Weise aufzustellen und so einzurichten, dass sich ein möglichst günstiges Ergebnis der Steigerung erwarten lässt (B 134, Al. 1).

Was dabei als ortsüblich zu gelten hat, bestimmt regelmässig der Betreibungsbeamte.[6]) Das kantonale Recht kann aber seinerseits über den Inhalt und die Anordnung der Steigerungsbedingungen im Rahmen der bundesrechtlichen Bestimmungen besondere Vorschriften aufstellen, welche dann den Ortsgebrauch als solchen repräsentieren.[7])

b. Die Bekanntmachung der Steigerungsbedingungen geschieht in der Weise, dass dieselben mindestens zehn Tage vor der Versteigerung im Lokale des Betreibungsamtes zu jedermanns Einsicht aufgelegt werden (B 134, Al. 2). Diese Auflegung verfolgt einen doppelten Zweck: Einerseits soll sie den Steigerungsliebhabern Gelegenheit geben, die Bedingungen des Erwerbes der Liegenschaft kennen zu lernen; andererseits aber setzt sie die Beteiligten instand, die Steigerungsbedingungen anzufechten, was immer auf dem Beschwerdewege zu geschehen hat. Eine Beschwerde gegen die Art und Weise der Aufstellung sowie gegen den Inhalt der Steigerungsbedingungen kann denn auch immer nur zur Zeit der Auflegung der letztern und nicht etwa noch nach erfolgter Steigerung erhoben werden.[8])

---

[6]) Die Ortsüblichkeit ist aber nicht schlechtweg massgebend In erster Linie ist vielmehr das durch die Verhältnisse des konkreten Falles Gebotene anzuordnen; vergl. Jaeger, Art. 134, N. 3; A IV, 82. Eine Beschwerde hiegegen kann nicht gemäss B 19 weitergezogen werden; vergl. A III, 6.

[7]) Vergl. z. B. Bern EG 62, Uri EG 52.

[8]) Zur Beschwerdeführung legitimiert sind nur der Gläubiger, der Schuldner und etwaige dinglich Berechtigte, nicht dagegen blosse Steigerungsliebhaber und sonstige Drittpersonen; vergl. Jaeger, Art. 134, N. 7. Die Beschwerdeführung muss binnen zehn Tagen seit Bekanntmachung und Auflegung der Steigerungsbedingungen erfolgen (vergl. BE XXIV (1), 96, XXVIII (1), 74). Durch unbenutzten Ablauf der Beschwerdefrist werden die Steigerungsbedingungen den Beteiligten gegenüber rechtsverbindlich (vergl. A III, 48), und zwar auch

Die Auflegungsfrist wird, da sie sich nicht auf eine eigentliche Betreibungshandlung in dem durch B 56, Al. 1 festgestellten Sinn bezieht, durch Betreibungsferien und Rechtsstillstand nicht unterbrochen (vergl. § 19, III, Ziff. 2, lit. a hievor).[9])

Die Auflegung der Steigerungsbedingungen wird in der Steigerungspublikation bekannt gemacht (B 138, Ziff. 2; vergl. unten Ziff. 4).

c. Der Inhalt der Steigerungsbedingungen zerfällt in drei verschiedene Teile:

aa. Dazu gehört vor allem die nähere Bezeichnung des Steigerungsobjektes. Sie umfasst die Nennung des Eigentümers (Schuldners), die Angabe der einzelnen Grundstücke nach Art, Lage, Begrenzung, Flächeninhalt und Katastereinschreibung, sowie ihre Grundsteuerschatzung und die Brandversicherungssumme der Gebäude; ferner die Bezeichnung des Erwerbstitels des Schuldners und endlich namentlich die Aufzählung der auf der Liegenschaft haftenden Pfandschulden, Grundlasten, Dienstbarkeiten und andern Vorzugsrechten, sowie die betreibungsamtliche Schätzung der Liegenschaft.[10])

bb. Zum Inhalt der Steigerungsbedingungen gehören aber auch die Grundsätze über das zu beobachtende Steigerungsverfahren, namentlich die Angabe, ob die Liegenschaften gesamthaft oder einzeln (parzellenweise) zum Ausruf gebracht werden; ferner die Zahlungsbedingungen und die andern Verumständungen der Übernahme.[11]) Dazu kommt namentlich auch die Feststellung, welche Kosten dem Erwerber obliegen (B 135, Al. 2), d. h. ob er die Steigerungskosten ganz oder teilweise an sich selbst zu tragen hat.[12])

---

dann, wenn die Auflegung gemäss B 134, Al. 2 nicht volle zehn Tage gedauert hat, indem diese Frist eine blosse Ausführungsfrist darstellt (vergl. § 18, I, Ziff. 1 hievor).

[9]) A. M. Jaeger, Art. 134, N. 5.

[10]) Vergl. z. B. Bern EG 62, sowie Reichel, Art. 134, N. 2.

[11]) Da es sich hier um reine Zweckmässigkeitsfragen handelt, so ist im Beschwerdefall eine Weiterziehung gemäss B 19 nicht zulässig (BE XXVII (1), 115).

[12]) Dabei ist auch festzustellen, welcher Teil der Kosten sogleich bar zu erlegen ist (vergl. z. B. Bern EG 62, Ziff. 3).

cc. Endlich muss auch noch die Art und Weise der Behandlung der bisher auf dem zu versteigernden Grundstücke ruhenden Lasten näher geregelt werden.

Die bisherige Fassung in B 135, Al. 1 lässt in dieser Beziehung dem kantonalen Recht volle Freiheit, indem sie statuiert: «Die Steigerungsbedingungen bestimmen, ob die Liegenschaft frei und ledig von allen Belastungen verkauft werde, oder, andernfalles, welche Lasten (Hypotheken, Gülten, Grundrenten, Reallasten, Dienstbarkeiten u.dergl.) gemäss dem kantonalen Rechte nach dem Verkaufe noch auf der Liegenschaft ruhen und vom Erwerber übernommen werden sollen». Es ist demnach dem kantonalen Sachenrechte, bezw. den kantonalen EG überlassen, zu bestimmen, welche von diesen Lasten auf den Erwerber übergehen.[13]) Was dabei die Dienstbarkeiten und Grundlasten anbetrifft, so folgt ihr Übergang auf den neuen Erwerber der Liegenschaft aus der Natur der Sache selbst. Eine Ablösung derselben im Wege des Schuldbetreibungsverfahrens wäre, da es sich ja regelmässig nicht um Geldleistungen handelt, ausgeschlossen.[14]) Den Übergang der Hypotheken, soweit die ihnen zu Grunde liegende Forderung nicht verfallen ist, sehen die meisten kantonalen Rechte ausdrücklich vor.[15]) Dabei kann es sich sowohl um vertragliche als auch um gesetzliche Pfandrechte handeln.[16])

[13]) Vergl. Huber: System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes, Bd. III, S. 533 ff.

[14]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 138, N. 14; vergl. dazu BE XXIV (2), 61. Ausdrücklich wird die Übernahme vorgesehen in Uri, Schwyz, Obwalden, Freiburg, Appenzell I. Rh., Aargau; vergl. die Zusammenstellung der einschlägigen Bestimmungen bei Reichel, Art. 135, N. 1, sowie Brand und Wasem, S. 333 ff.

[15]) Keinen Übergang kennen — entgegenstehende Parteiabmachung vorbehalten — beide Basel, Graubünden, Thurgau, Tessin, Waadt, Neuenburg, Genf; vergl. die Zusammenstellung bei Reichel, Art. 135, N. 1, sowie Brand und Wasem, S. 333 ff.

[16]) Vergl. Bern EG 62, Ziff. 5, lit. a, wonach dem Erwerber ohne Abrechnung am Kaufpreise überbunden werden die von den zwei letzten Jahren ausstehenden Staats- und Gemeindegrundsteuern, sowie die Beiträge an die kantonale Gebäudebrandversicherungs-

Eine bundesrechtliche Regelung dieser Materie wird nun aber die Folge der Vereinheitlichung des Sachenrechtes sein. Die durch ZGBE 60 gegebene neue Fassung in B 135, Al. 1 schreibt demgemäss vor: «Die Steigerungsbedingungen bestimmen, dass die Grundstücke mit allen darauf haftenden Belastungen (Dienstbarkeiten, Grundlasten, Grundpfandverschreibungen, Schuldbriefen und Gülten) versteigert werden, unter Überbindung der damit verbundenen persönlichen Schuldpflicht auf den Erwerber. Der frühere Schuldner einer überbundenen Schuld aus Grundpfandverschreibung oder aus Schuldbrief wird aber erst frei, wenn ihm der Gläubiger nicht binnen Jahresfrist vom Zuschlag an gerechnet, erklärt, ihn beibehalten zu wollen (Art. 832, ZGB). Fällige grundversicherte Schulden werden nicht überbunden, sondern vorweg aus dem Erlös bezahlt.»

Mit dieser Bestimmung wird nicht nur die gesetzgeberische Kompetenz der Kantone bezüglich der vorliegenden Materie aufgehoben, sondern es fällt auch jede einschlägige Verfügungsgewalt der Vollstreckungsbehörden ohne weiteres dahin, indem der Übergang der Dienstbarkeiten, Grundlasten, Grundpfandverschreibungen, Schuldbriefe und Gülten auf den Ersteigerer zwingendes Recht ist. Dies bezieht sich nicht bloss auf die vertraglich errichteten, sondern auch auf die gesetzlichen Grundpfandrechte, da ZGB dieselben ebenfalls unter dem Abschnitt über die Grundpfandverschreibung behandelt (vergl. ZGB 824 ff.). Ein Übergang der Pfandrechte auf den Erwerber findet aber nur statt, sofern die ihnen zu Grunde liegende Forderung nicht bereits verfallen ist, indem diese sonst aus dem Erlös vorweg gedeckt werden muss.[17])

---

anstalt für das verflossene und das laufende Jahr. Ob diese öffentlichrechtlichen Leistungen kraft des kantonalen Rechtes wirklich vom Ersteigerer gefordert werden können, entscheidet im Streitfall die zuständige Verwaltungsbehörde und nicht etwa die Aufsichtsbehörde (vergl. BE XXVIII (1), 86).

[17]) Durch die letztere Bestimmung wird m. E. in Zukunft auch eine Überbindung verfallener Grundsteuern ohne Anrechnung auf den Steigerungspreis, wie sie Bern EG 62, Ziff. 5, lit. a vorsieht, ausgeschlossen.

Soll die Liegenschaft parzellenweise zur Versteigerung gelangen, so muss für jede Parzelle die Höhe der hypothekarischen Belastung bestimmt werden.[18]) Für die Bemessung der letztern wird in Zukunft ZGB 833, 846, 852 massgebend sein.

2. Zur Aufstellung der Steigerungsbedingungen in der soeben geschilderten Weise ist aber in erster Linie die Feststellung der auf dem Steigerungsobjekt ruhenden dinglichen Lasten notwendig. Auch ihre Vornahme ist Sache des Betreibungsbeamten, welchem dabei folgende Funktionen zufallen:

a. Die Anlegung des Lastenverzeichnisses. Vor der Versteigerung hat der Betreibungsbeamte die auf der Liegenschaft ruhenden Lasten (Hypotheken, Gülten, Grundrenten, Reallasten, Dienstbarkeiten u. dergl.) durch einen Auszug aus dem Grundbuche (Hypothekenbuch, Grundlastenkontrolle u. dergl.) zu ermitteln (B 140, Al. 1).[19])

Diese Ermittlung ist durch den Betreibungsbeamten von Amtes wegen vorzunehmen, und der Grundbuchführer ist ihm zur Besorgung der nötigen Nachschlagungen und Beschaffung von Auszügen verpflichtet.[20])

Dabei beschränkt sich aber die Aufnahme in das Lastenverzeichnis nicht auf diejenigen Lasten und Beschwerden, welche aus dem Grundbuch hervorgehen. Aufzunehmen sind vielmehr auch alle diejenigen, welche auf irgend eine andere Weise zur Kenntnis des Betreibungsbeamten gelangen, wie z. B. durch Angabe des Schuldners oder der betreffenden Berechtigten.[21])

---

[18]) Vergl. A III, 6; Jaeger, Art. 135, N. 3.

[19]) Das Lastenverzeichnis bezweckt nur eine Zusammenstellung der bekannt gewordenen dinglichen Rechte. Es begreift nicht etwa eine rechtliche Feststellung derselben in sich; vergl. A XI, 89.

[20]) Die kantonalen EG haben hierüber die nötigen Bestimmungen aufzustellen, sofern sich dieselben nicht schon aus allgemeinen sachenrechtlichen Vorschriften ergeben; vergl. z. B. Bern EG 66, Uri EG 53; dazu Reichel, Art. 40, N. 1.

[21]) Ebenso BE XXIV (2), 61; vergl. dazu BE XXX (2), 20. Dabei liegt es nicht etwa dem Betreibungsbeamten ob, die angemeldeten Rechte auf ihren Bestand hin zu prüfen und über ihre

b. Die Ergänzung des Lastenverzeichnisses erfolgt durch die Berechtigten selber auf Grund einer in der Bekanntmachung der Steigerung zu inserierenden Auskündung. Die Steigerungspublikation enthält nämlich die Aufforderung an die Pfandgläubiger und alle übrigen Beteiligten, dem Betreibungsamt binnen zwanzig Tagen ihre Ansprüche an der Liegenschaft, inbesondere für Zinsen und Kosten, einzugeben. Diese Aufforderung ist mit der Eröffnung zu begleiten, dass die Nichtangemeldeten von der Teilnahme am Ergebnis der Verwertung insoweit ausgeschlossen werden, als ihre Rechte nicht durch die öffentlichen Bücher festgestellt sind (B 138, Al. 2, Ziff. 3). Eine entsprechende Aufforderung wird auch an die Besitzer von Dienstbarkeiten gerichtet, falls dies nach kantonalem Recht notwendig ist (B 138, Al. 3). Unter der Herrschaft des ZGB wird eine solche Notwendigkeit nur insoweit vorliegen, als noch kantonales Recht zur Anwendung kommt (revidierte Fassung von B 138, Al. 3, ZGBE 60).

Zur Eingabe ihrer Rechte sind nach dem Gesagten verpflichtet:

aa. Die Grundpfandgläubiger, soweit ihre Pfandforderungen als solche nicht aus dem Grundbuch hervorgehen. Dies bezieht sich namentlich auf die Ansprüche für Zinsen und Kosten, soweit dieselben Pfandrecht geniessen. Die Zinsforderungen gelten in keinem Fall als stillschweigend mit der Hauptforderung angemeldet.[22])

bb. Dienstbarkeitsberechtigte sind ebenfalls nur anmeldungspflichtig, sofern ihre Servitut nicht im Grundbuche eingetragen ist. Massgebend hiefür ist gegenwärtig noch das kantonale Sachenrecht.[23]) Was dabei die sog. gesetzlichen Dientbarkeiten (Legalservituten) anbelangt,

---

Zulassung im Lastenverzeichnis zu entscheiden, bezw. sie selbst aus dem letztern zu streichen; vergl. BE XXX (1), 104, A IX, 13. Ebensowenig aber ist im Lastenverzeichnis die Rangordnung der Pfandrechte festzustellen; vergl. BE XXXIII (1), 27, A XI, 44.

[22]) Vergl. BE XXXIII (1), 79, A XI, 94.

[23]) Vergl. Jaeger, Art. 138, N. 14, Huber: System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes, Bd. III, S. 347 ff.

so nimmt die Praxis an, dass dieselben nicht in das Lastenverzeichnis aufzunehmen sind und dennoch bei der Versteigerung übergehen, sofern dies nur in irgend einer Weise in den Steigerungsbedingungen vorbehalten ist. Immerhin kann das kantonale Recht die Anmeldung im Lastenverzeichnis verlangen, welche dann für die Berücksichtigung massgebend ist.[24])

Gemäss ZGB 731, Al. 1 bedarf in Zukunft an sich jede Grunddienstbarkeit zu ihrer Errichtung der Eintragung in das Grundbuch. Eine Anmeldung derselben gemäss B 138, Al. 3 ist also regelmässig nicht nötig. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur da zu machen, wo hinsichtlich des Bestandes einer Dienstbarkeit in ZGB ausdrücklich das kantonale Recht vorbehalten wird und das letztere eine Eintragung im Grundbuch nicht vorsieht. In Betracht kommt hier die Vorschrift in ZGB 740, sowie namentlich ZGBE 21, worin bestimmt wird, dass die vor Inkrafttreten des ZGB entstandenen Grunddienstbarkeiten nach Einführung des eidgen. Grundbuches auch ohne Eintragung in Kraft bleiben, jedoch solange sie nicht eingetragen sind, gutgläubigen Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden können.[25])

cc. Unter den übrigen Beteiligten, an welche sich die Aufforderung gemäss B 138, Ziff. 3 noch zu richten hat, sind weitere dinglich Berechtigte zu verstehen, soweit ihre Ansprüche nicht durch die öffentlichen Bücher festgelegt sind. Dies kann nach dem gegenwärtigen kantonalen Recht namentlich noch bei gewissen Grundlasten der Fall sein, wobei aber zu bemerken ist, dass gemäss ZGB 783, 784 in Zukunft nur noch öffentlichrechtliche Grundlasten ohne Eintragung in das Grundbuch errichtet werden können.[26])

---

[24]) Vergl. Jaeger, Art. 138, N. 14; BE XXIV (2), 61.

[25]) Die neue Fassung in B 138, Al. 3, gemäss ZGBE 60, muss zum mindesten als sehr undeutlich bezeichnet werden. Dies namentlich deshalb, weil sie gar nicht genau auf die materiellen Bestimmungen in ZGB Rücksicht nimmt.

[26]) Es können auch Miet- und Pachtverhältnisse in Betracht kommen, sofern ihnen dinglicher Charakter beigelegt wird (BE XXXI

Die Nichtanmeldung ihrer Rechte durch die unter lit. aa—cc genannten Personen hat an und für sich nicht etwa den zivilrechtlichen Untergang dieser Ansprüche zur Folge. Dagegen werden dieselben nicht in das Lastenverzeichnis aufgenommen und infolgedessen dem Ersteigerer der Liegenschaft mangels Berücksichtigung in den Steigerungsbedingungen nicht überbunden.[27])

c. Die Bereinigung des Lastenverzeichnisses geschieht durch Einleitung eines Bestreitungsverfahrens. Zu diesem Zwecke wird das Verzeichnis der Lasten den an der Pfändung teilnehmenden Gläubigern und dem Schuldner unter Ansetzung einer zehntägigen Bestreitungsfrist mitgeteilt. B 106 und 107 sind anwendbar (B 140, Al. 2).

Es handelt sich also dabei um nichts anderes als um die Herbeiführung des sog. Widerspruchsverfahrens, wie es in B 106 ff. bereits für das Stadium der Pfändung vorgesehen ist (vergl. § 32 hievor). Und zwar geht der Gesetzgeber dabei von der Voraussetzung aus, dass die Liegenschaft in Gewahrsam des Schuldners ist, da sie ja bei ihm gepfändet wurde. Es findet deshalb immer nur das Verfahren gemäss B 106, 107, niemals dasjenige gemäss B 109 statt. Hinsichtlich der Durchführung des Verfahrens ergibt sich aus B 140 folgendes:

aa. Legitimiert zur Bestreitung der im Lastenverzeichnis aufgenommenen dinglichen Rechte sind einzig die betreibenden Gläubiger und der betriebene Schuldner. Nur ihnen wird eine Bestreitungsfrist angesetzt.[28]) Andere

(1), 126, A X, 35). Betreffend ihre Eintragung im eidgen. Grundbuch vergl. ZGB 959. Dagegen sind Beteiligte gemäss B 138, Ziff. 3 niemals pfändende Gläubiger einer frühern Gruppe; vergl. BE XXXI (1), 68, A IX, 110, X, 21. Jedoch richtet sich die Aufforderung natürlich auch insofern an die pfändenden Gläubiger, als dieselben neben ihrer Betreibungsforderung auch noch dingliche Rechte geltend zu machen haben; vergl. BE XXVI (1), 99, XXXI (1), 23.

[27]) Eine weitere Bedeutung darf der Unterlassung einer Anmeldung nicht beigelegt werden; vergl. BE XXII, 49, XXIV (2), 61, XXX (2), 20; Jaeger, Art. 138, N. 13. Über die Berechnung der zwanzigtägigen Frist vergl. BE XXVII (1), 18.

[28]) In Betracht kommen alle Gläubiger, gleichviel, welcher Pfändungsgruppe sie angehören, sofern die betreffende Liegenschaft

Personen, z. B. Hypothekargläubiger, sind niemals hierher zu rechnen.[29]) Die Bestreitung richtet sich gegen die Inhaber der in Betracht fallenden Rechte.

bb. Die Aufforderung zur Bestreitung geschieht hier immer durch Mitteilung des Lastenverzeichnisses, unter Ansetzung einer zehntägigen Bestreitungsfrist (B 140, Al. 2).[30]) Im übrigen sind Form und Wirkung dieser Aufforderung die nämlichen wie im ordentlichen Widerspruchsverfahren (vergl. § 32, II, Ziff. 1 hievor).[31]) Die Nicht-

---

in irgend einer Weise — sei es auch bloss für den Mehrerlös — für sie gepfändet wurde; ebenso Jaeger, Art. 140, N. 8; dagegen BE XXII, 49.

[29]) Ebenso BE XXIV (1), 52; A IX, 110, X, 21.

[30]) Das Lastenverzeichnis muss den Gläubigern und dem Schuldner in vollem Umfang abschriftlich mitgeteilt werden. Eine blosse Anzeige, dass das Verzeichnis auf dem Betreibungsamt aufliege, genügt nicht; vergl. Jaeger, Art. 140, N. 11; unbestimmt A IV, 105.

[31]) Ebenso Jaeger, Art. 140, N. 12; vergl. BE XXIV (2), 61. Wurde die Mitteilung des Verzeichnisses an die Gläubiger und den Schuldner unterlassen, so können sie Nachholung derselben, bezw. der Fristansetzung zur Bestreitung verlangen. Dies auch dann, wenn die Versteigerung bereits stattgefunden hat. Die Praxis hat dabei von jeher angenommen, dass eine solche nachträgliche Fristansetzung, bezw. eine nachträgliche durch das Widerspruchsverfahren herbeigeführte Berichtigung des Lastenverzeichnisses die Rechte des Ersteigerers nicht schmälern dürfe. Daraus würde folgen, dass eine Aufhebung der Steigerung wegen Unterlassung der Mitteilung niemals zulässig wäre. Diesem Resultat kann aber nur unter bestimmten Vorbehalten beigepflichtet werden: Eine Aufhebung der Steigerung soll allerdings dann nicht stattfinden, wenn Gläubiger und Schuldner vom Lastenverzeichnis Kenntnis hatten und daher im Stande waren, ihre Rechte zu wahren; vergl. BE XXVII (1), 116. Ferner braucht eine Aufhebung auch dann nicht zu erfolgen, wenn die durch Gläubiger oder Schuldner angefochtene Belastung des Grundstückes in einer Hypothekarforderung besteht, welche nach Gesetz oder gemäss den Steigerungsbedingungen aus dem Steigerungserlös mitgetilgt werden soll. In diesem Fall kann das Widerspruchsverfahren gegen sie auch noch bei der Verteilung, bezw. bei der Aufstellung des Kollokationsplanes durchgeführt werden; vergl. A IV, 105, VII, 100. Anders dagegen, wenn die Belastung dem Ersteigerer auf Rechnung des Kaufpreises überbunden wurde. Dann nämlich ist der Dritte, eventuell auch der Ersteigerer, auf Kosten der Gläubiger und des Schuldners begünstigt worden; denn es wurde infolge der irrtüm-

bestreitung seitens der betreibenden Gläubiger und des Schuldners hat nur die Anerkennung des vom Dritten beanspruchten dinglichen Rechtes in dem betreffenden Verwertungsverfahren zur Folge.[32]) Umgekehrt aber stellt sie auch die einzig zulässige Art des Einspruches gegen solche Rechte dar.[33]) In der Bestreitung muss dabei deutlich angegeben werden, auf welches im Lastenverzeichnis angeführte Recht sie sich bezieht.

cc. Die Folge der Bestreitung bildet die Ansetzung einer zehntägigen Frist an den Ansprecher des betreffenden Rechtes zum Zwecke der Klageanhebung gemäss B 107, Al. 1 (vergl. § 32, II, Ziff. 1 hievor). Die Einleitung dieses Verfahrens ist unumgänglich, sobald eine Bestreitung gemäss B 140, Al. 2 erfolgt ist.[34])

dd. Das Widerspruchsprozessverfahren und seine Wirkungen sind genau die nämlichen wie im Falle des gewöhnlichen Widerspruchsverfahrens gemäss B 107 (vergl. § 32, III hievor).

---

lichen Voraussetzung eines Bestehens der Last ein kleinerer Erlös erzielt. Der Zuschlag leidet daher an einem rechtlichen Mangel und muss somit auf dem Beschwerdeweg angefochten werden können. Dies ergibt sich jetzt namentlich auch aus B 136 bis. Dahin geht offenbar auch die Ansicht Jaegers in Art. 140, N. 11.

[32]) Die durch den Schuldner vorgenommene Bestreitung kann sich deshalb immer nur gegen den Drittansprecher richten und nicht etwa auf eine Verminderung der in Betreibung gesetzten Forderung abzielen; vergl. BE XXVIII (1), 51. Auch nicht hieher gehört eine Bestreitung des vom Pfandgläubiger beanspruchten Ranges; vergl. BE XXVII (1), 109, sowie § 37, III, Ziff. 6 hienach.

[33]) Sie kann daher nicht etwa durch einen Vorbehalt bei der Steigerung selbst ersetzt werden, auch wenn der letztere durch den Betreibungsbeamten nachträglich in die Steigerungsbedingungen aufgenommen wurde; vergl. BE XXVII (1), 18.

[34]) Namentlich auch ohne Rücksicht darauf, in welcher Absicht und zu welchem Zwecke die Anmeldung des betreffenden Rechtes im Lastenverzeichnis erfolgte (BE XXIV (2), 61); ferner unbekümmert darum, ob das betreffende Recht im Grundbuch eingetragen ist oder vom Dritten angemeldet wurde (BE XXX (1), 94). und endlich auch dann, wenn der Ansprecher selber betreibender Gläubiger ist (vergl. BE XXII, 210, XXVIII (1), 51).

Das in B 140, Al. 2 vorgesehene Verfahren stellt überhaupt nur einen Spezialfall desjenigen gemäss B 106, 107 dar. Es wird demnach im einzelnen Falle durch jenes überflüssig gemacht; d. h., wurde bereits bei Anlass der Pfändung einer Liegenschaft ein dinglicher Anspruch auf dieselbe erhoben und im ordentlichen Widerspruchsverfahren verfochten, so braucht, sofern wenigstens die nämlichen bestreitenden Personen in Betracht kommen, anlässlich der Verwertung kein besonderes Verfahren gemäss B 140, Al. 2 mehr stattzufinden, da die Rechtskraftwirkung des erstern sich auf die ganze Betreibung erstreckt.

Umgekehrt aber verliert der dinglich Berechtigte seinen Anspruch nicht etwa dadurch, dass er denselben nicht bereits im Stadium der Pfändung geltend gemacht hat. Es ergibt sich vielmehr aus den Vorschriften in B 138, Ziff. 2 und 140, Al. 2, dass der Gesetzgeber gerade das Verwertungsstadium als den gegebenen Zeitpunkt zur Geltendmachung und Überprüfung derartiger Rechte ansieht. Der Berechtigte braucht also, sofern sein Anspruch aus dem Grundbuch hervorgeht, bei der Pfändung des Grundstückes überhaupt keinerlei Schritte zu tun, sondern er kann einfach abwarten, bis ihm eine Klageaufforderung zukommt. Ist sein Recht nicht im Grundbuch eingetragen, so muss er dasselbe allerdings gemäss B 138, Ziff. 3 anmelden. Ist dies einmal geschehen, so hat er wiederum eine Bestreitung gemäss B 140, Al. 2 abzuwarten.

3. Nach erfolgter Feststellung des Lastenverzeichnisses findet eine neue Schätzung der Liegenschaft statt. Dieselbe wird durch das Betreibungsamt angeordnet, welches auch ihr Ergebnis den Pfandgläubigern mitteilt (B 140, Al. 3).

Diese Schätzung ist von der anlässlich der Pfändung gemäss B 97, Al. 1 vorzunehmenden durchaus unabhängig und wird auch nicht etwa durch die letztere überflüssig gemacht. Sie beruht auf einer ganz andern Grundlage als jene und kann deshalb auch zahlenmässig von ihr verschieden sein. Während nämlich bei der Schätzung gemäss B 97, Al. 1 lediglich auf den Bruttowert der Liegenschaft,

d. h. auf ihren Grundwert ohne Berücksichtigung der aufhaftenden Lasten abgestellt wurde, wird hier auch eine allfällige Wertverminderung, die durch jene Lasten bewirkt wird, in Berechnung gezogen.[35])

Die Bedeutung der Schätzung gemäs B 140, Al. 3 ist eine zweifache: Einmal nämlich ist sie massgebend für die Bestimmung des Zuschlagspreises, bei der ersten Steigerung (B 141, Al. 1; vergl. unten III, Ziff. 2, lit. a, cc). Ferner aber soll sie auch die Pfandgläubiger über die Aussichten einer Deckung ihrer Forderungen bei der bevorstehenden Steigerung orientieren, damit sie sich über die ihnen nötig erscheinenden Massnahmen (eigene Beteiligung bei der Steigerung etc.) schlüssig machen können. Deshalb wird auch eine besondere Mitteilung des Schätzungsergebnisses an sie vorgesehen.[36])

4. Zu den Vorbereitungshandlungen der Steigerung gehört endlich auch noch die Steigerungspublikation.

a. Der Inhalt derselben setzt sich aus folgenden Bestandteilen zusammen:

aa. Ort, Tag und Stunde der Steigerung (B 138, Ziff. 1);

bb. die Angabe des Tages, von welchem an die Steigerungsbedingungen aufliegen (B 138, Ziff. 2);

cc. die Aufforderung an die Pfandgläubiger, Dienstbarkeitsberechtigten und übrigen Beteiligten zur Anmeldung ihrer Ansprüche behufs Ergänzung des Lastenverzeichnisses (B 138, Ziff. 3; vergl. oben Ziff. 2, lit. b).

b. Hinsichtlich der Veröffentlichung der Steigerungspublikation schreibt B 138, Al. 1 vor: «Die Steigerung wird mindestens einen Monat vorher öffentlich be-

---

[35]) Ebenso BE XXII, 147, und Jaeger, Art. 110, N. 13. Dagegen kann natürlich, sofern sich wertvermindernde Belastungen der Liegenschaft nicht erzeigt haben, zahlenmässig einfach die frühere Schätzung bestätigt werden; vergl. Reichel, Art. 140, N. 5.

[36]) Zur Beschwerde gegen die getroffene Schätzung sind alle Beteiligten legitimiert; vergl. BE XXII, 147. Eine Weiterziehung der Beschwerde gemäss B 19 ist aber nicht zulässig, sofern nur die Höhe der Schätzung angefochten wird; vergl. A I, 59.

kannt gemacht». Die Art und Weise dieser Bekanntmachung ist die in B 35 durch das kantonale Amtsblatt vorgesehene (vergl. § 20, III hievor). [37])

Neben dieser allgemeinen Publikation sieht B 139 auch noch eine persönliche Benachrichtigung der Beteiligten vor. Dem Gläubiger, dem Schuldner, einem allfälligen dritten Eigentümer der Liegenschaft und allen in den öffentlichen Büchern eingetragenen Beteiligten werden, sofern sie einen bekannten Wohnsitz oder einen Vertreter haben, Exemplare der Bekanntmachung zugestellt. [38]) Die Benachrichtigung erfolgt also in Form der einfachen Mitteilung (vergl. § 20, II hievor). [39]) Ihr Inhalt wird durch B 138 bestimmt. [40])

III. **Die Steigerung.**

Wie die Vorbereitung, so weist auch die Durchführung der Immobiliarsteigerung gegenüber der Versteigerung von Mobilien verschiedene Besonderheiten auf.

1. Das Verfahren freilich ist seiner Struktur nach das nämliche wie dort. Es handelt sich auch hier um eine öffentliche Steigerung, zu welcher jedermann Zutritt hat (vergl. § 25, III, Ziff. 2 hievor). Ebenso ist ein dreimaliger Ausruf des Steigerungsgegenstandes vorgeschrieben (B 141, Al. 1). [41])

---

[37]) Es ergibt sich dies aus dem Gegensatz zwischen B 125, Al. 2 und B 138; vergl. auch A I, 91, 95.

[38]) Zu den Beteiligten gehört auch der Bürge, jedoch nur insofern als seine Eintragung im Grundbuch gesetzlich gefordert ist; vergl. A II, 73, V, 4.

[39]) Diese Mitteilung ist für die Beteiligten massgebend hinsichtlich des Beginnes der Beschwerdefrist gegen die Steigerungspublikation. Eine mündliche Bekanntgabe genügt daher nicht; vergl. BE XXX (1), 131. Die Nichtzustellung der Bekanntmachung bildet einen Beschwerdegrund gegenüber der Abhaltung der Steigerung selbst; vergl. BE XXII, 102; A V, 100, 119, sowie Reichel, Art. 139, N. 3.

[40]) Irgendwelche andern durch B 138 nicht vorgesehene Angaben und Bemerkungen, welche der Bekanntmachung beigefügt werden, sind rechtlich irrelevant; vergl. A II, 83.

[41]) Der Ausruf muss genau in der Weise vorsichgehen, wie dies in den Steigerungsbedingungen vorgesehen ist; vergl. A IX, 22

Auch die rechtliche Natur des Verfahrens differiert nicht von derjenigen der Mobiliarversteigerung. Es handelt sich hier ebenfalls nicht um einen privatrechtlichen Verkauf, sondern um eine Veräusserung auf öffentlichrechtlicher Grundlage (vergl. § 34, II, Ziff. 4 hievor).[42])

2. Der Zuschlag bildet auch hier die Perfektion der Veräusserung.

a. Die Voraussetzungen desselben sind vierfacher Natur:

aa. Es muss den formellen Erfordernissen des Steigerungsverfahrens genügt sein, namentlich muss ein dreimaliger Ausruf stattgefunden haben (B 141, Al. 1).

bb. Es muss ein Höchstangebot vorliegen, d. h. derjenige, welchem zugeschlagen wird, muss der Meistbietende an der Steigerung sein (B 141. Al. 1).

cc. Das Höchstangebot muss den Schätzungswert der Liegenschaft erreichen (B 141, Al. 1). Als solcher kommt nicht der gemäss B 97, Al. 1 bei der Vornahme der Pfändung, sondern der gemäss B 140, Al. 3 nach Errichtung des Lastenverzeichnisses festgestellte in Betracht, da er allein der definitive ist und dem wahren Wert der Liegenschaft näher kommt (vergl. oben II, Ziff. 3).[43])

dd. Das Angebot muss den Betrag allfälliger, dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigen (B 141, Al. 1: sog. Deckungsprinzip).

Als solche pfandversicherte Forderungen kommen nur diejenigen in Betracht, welche im Lastenverzeichnis aufge-

---

[42]) Anders die bisherige Praxis, welche den Abschluss eines gewöhnlichen Kaufvertrages annahm; vergl. BE XXVIII (2), 38.

[43]) Werden gemäss der Steigerungsbedingungen mehrere Parzellen zuerst stückweise und dann gesamthaft ausgeboten, ohne dass die Gesamtschätzungssumme erreicht wird, so dürfen auch diejenigen Einzelstücke, für welche ihre eigene Einzelschätzung erreicht wurde, nicht zugeschlagen werden; vergl. A V, 46. Allerdings ist ein auf ein ungenügendes Angebot hin erteilter Zuschlag in keinem Fall ungültig, sondern bloss durch Beschwerde anfechtbar; vergl. BE XXVI (1), 23.

nommen sind (vergl. oben II, Ziff. 2;[44]), sofern sie nicht etwa dem Ersteigerer ohne Anrechnung am Steigerungspreis überbunden werden.[44a])

Beim Schweigen des Gesetzes genügt jeder Überschuss über den Betrag der vorgehenden pfandversicherten Forderung, auch wenn er nur einige Rappen betragen sollte.[45]) Es kann also nicht verlangt werden, dass der Überschuss auch noch die Steigerungskosten deckt.[46])

Wird die Liegenschaft parzellenweise versteigert, so muss der Betrag der vorgehenden pfandversicherten Forderungen natürlich für jede Parzelle überstiegen sein. Haften deshalb die Parzellen für die nämliche Forderung gemeinsam, so muss nicht nur das Angebot für jede Parzelle die auf dieser letzteren haftenden Pfandsumme übersteigen, sondern auch der Gesamtbetrag der Angebote den Gesamtbetrag der Pfandforderungen.[47])

---

[44]) Vergl. A IV, 53. Daraus folgt, dass gesetzliche Pfandrechte bei der Berechnung nur zu berücksichtigen sind, wenn sie entweder aus dem Grundbuch ersichtlich sind oder sonstwie im Lastenverzeichnis besonders aufgenommen wurden.

[44a]) Unter keinen Umständen aber gehören hieher die Forderungen irgendwelcher betreibender Gläubiger, welche einer dem die Verwertung verlangenden Gläubiger vorgehenden Gruppe angehören; vergl. A II, 54, IV, 114. Ebenso ist Jaeger, Art. 141, N. 8 beizustimmen, welcher annimmt, dass Eigentümerhypotheken und Gülten des Betriebenen selbst nicht mitgerechnet werden. Diese Schlussfolgerung rechtfertigt sich namentlich unter dem künftigen Recht mit Rücksicht auf ZGB 815.

[45]) Ebenso BE XXII, 113, Jaeger, Art. 141, N. 8, Reichel, Art. 141, N. 1.

[46]) Vergl. auch A II, 111 (wo es sich allerdings um eine zweite Steigerung handelte). Die Kosten sind eben, wenn nötig, durch den betreibenden Gläubiger vorzuschiessen. Wenn sie aber gemäss den Steigerungsbedingungen dem Ersteigerer überbunden werden, so darf ihr Betrag bei der Ermittlung eines Überschusses gemäss B 141, Al. 1 nicht etwa zum Angebot hinzugerechnet werden.

[47]) Ebenso A V, 27, Reichel, Art. 141, N. 1, Jaeger, Art. 141, N. 8. Ob überhaupt eine solche Ausbietung einzelner gemeinsam verpfändeter Parzellen zulässig ist, bestimmt sich nach dem geltenden Sachenrecht. Einzelne kantonale EG enthalten hierüber besondere Bestimmungen; vergl. Zürich EG 49, Bern EG 63. Nach ZGB wird m. E. eine solche Einzelausbietung ebenfalls zulässig sein; arg. ZGB 798, 816.

b. Über die Form des Zuschlages ist das nämliche zu sagen wie bei der Mobiliarversteigerung (vergl. § 35, III, Ziff. 3, lit. b hievor).

c. Die Wirkungen des Zuschlages machen sich nach drei Richtungen hin geltend:

aa. Ohne Zuschlag, bezw. ein denselben herbeiführendes Angebot gelangt die Steigerung nicht zum Abschluss. Es wird vielmehr eine zweite Steigerung angeordnet. Die Bieter der ersten Steigerung sind ihres Angebotes entbunden (B. 141, Al. 2).[48])

bb. Die Wirkung des Zuschlages auf die Rechte des Ersteigerers ist eine verschiedene nach dem gegenwärtigen und nach dem zukünftigen Recht.

Gegenwärtig überträgt der Zuschlag als solcher dem Ersteigerer noch nicht Eigentum. Der Übergang des Eigentums an der Liegenschaft erfolgt vielmehr sofort nach der Versteigerung in der vom kantonalen Rechte vorgeschriebenen Weise (B 136, Al. 2). Der Ersteigerer erwirbt also durch den Zuschlag bloss einen Anspruch darauf, dass ihm das Eigentum übertragen wird, was nach den Bestimmungen und in den Formen des einschlägigen kantonalen Sachenrechtes zu geschehen hat.[49])

Es steht nicht in der Hand des Betreibungsbeamten, diese Eigentumsübertragung beliebig hinauszuschieben oder gar zu versagen. Der Bieter hat vielmehr ein Recht auf sofortige Vornahme der Übergangsformalitäten, vorausgesetzt natürlich, dass er die hiefür vom kantonalen Recht gestellten Bedingungen, z. B. die Bezahlung einer allfälligen Hand-

---

[48]) Die Befreiung des Bieters, dessen Angebot nicht angenommen wurde, ist eine endgültige. Sie lebt nicht etwa wieder auf, wenn der einem Meistbietenden erteilte Zuschlag aus irgend einem Grunde rückgängig gemacht wird; vergl. BE XXIII, 264. Dabei nimmt die Praxis an, dass die Ablehnung des Angebotes als solche zur Befreiung des Bieters genügt, auch wenn dessen Angebot das Meistangebot war. Das Angebot kann deshalb nicht gegen seinen Willen nachträglich angenommen werden; vergl. BE XXIX (1), 52.

[49]) Vergl. eine Zusammenstellung der einschlägigen kantonalen Bestimmungen bei Reichel, Art. 136, N. 3; ferner Brand und Wasem, S. 333 ff. Über die ratio legis vergl. BE XXIV (1), 151.

änderungsabgabe, erfüllt hat.[50]) Dagegen hindert eine nicht sofortige Zahlung des Kaufpreises an und für sich die Eigentumsübertragung nicht. Es entsteht in diesem Falle vielmehr lediglich ein gesetzliches Pfandrecht für den Steigerungspreis an der Liegenschaft selber, wozu in den Steigerungsbedingungen noch andere Sicherheiten vorgesehen werden können (B 137). Bei Zahlungsverzug ist die Übertragung rückgängig zu machen (B 143, Al. 1; vergl. unten Ziff. 4, lit. c).

ZGBE 60 bringt nun eine einschneidende Änderung dieses Rechtszustandes. In erster Linie nämlich wird darin die Vorschrift in B 137, Al. 2 aufgehoben. Hieraus muss der Schluss gezogen werden, dass künftig eine besondere Eigentumsübertragung nach irgend welchen zivilrechtlich geregelten Formen nicht mehr nötig ist; vielmehr geht das Eigentum bereits mit dem Zuschlag selbst auf den Ersteigerer über. Dies entspricht der allgemeinen Vorschrift in ZGB 656, Al. 2, welche bestimmt: «Bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder richterlichem Urteil erlangt indessen der Erwerber schon vor der Eintragung (im Grundbuch) das Eigentum, kann aber im Grundbuch erst dann über das Grundstück verfügen, wenn die Eintragung erfolgt ist.» Der sofortige Eigentumsübergang beim Zuschlag hat also nicht die volle rechtliche Verfügungsgewalt des Ersteigerers über das Grundstück zur Folge. Es muss vielmehr vorher durch den Betreibungsbeamten für die Eintragung im Grundbuch gesorgt werden. Hiefür ist die allgemeine Vorschrift in ZGB 963, Al. 1 massgebend, welche vorsieht: «Die Eintragungen erfolgen auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigen-

[50]) Vergl. Bern EG 69 und dazu A VII, 9. Der Kanton kann für die Ausstellung des Steigerungsbriefes durch den Betreibungsbeamten die für Kaufbriefe gesetzlich vorgesehene notarielle Verurkundungsgebühr beziehen lassen; vergl. A VI, 15, dazu Brand, Zulässigkeit einer kantonalen Stipulationsgebühr für die Verurkundung von betreibungs- und konkursamtlichen Steigerungskaufverträgen, A XIII, 1. Voraussetzung ist aber dabei, dass es sich um eine besondere, nicht zur Verwertung als solcher gehörende Tätigkeit des Beamten handelt: vergl. BE XXXIV (1), 31. Neuerdings wird die Zulässigkeit dieser Gebühren vollständig verworfen in Sep. Ausg. XIV, 75.

tümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht». Der Steigerungsbeamte wird deshalb dem Ersteigerer über seine Erwerbung eine Urkunde auszustellen haben, welche die in ZGB 657 geforderte öffentliche Verurkundung der Eigentumsübertragung darstellt. Diese Urkunde wird er aber erst dann ausstellen, wenn der Ersteigerer seine Verbindlichkeiten erfüllt hat (vergl. die in ZGBE 60 enthaltene Fassung von B 137).

Aus dem soeben Gesagten geht im weitern hervor, dass mit dem Zuschlag auch Nutzen und Gefahr der Liegenschaft auf den Erwerber übergeht. Dies wird bestätigt durch die neue Fassung in B 137 (ZGBE 60), wonach bei Gewährung eines Zahlungstermins das Grundstück bis zur Zahlung auf Rechnung und Gefahr des Erwerbers in der Verwaltung des Betreibungsamtes bleibt.

Über allfällige Ersatzansprüche des Ersteigerers wegen Mängel des Steigerungsobjektes oder Entwährung enthält B keinerlei Vorschriften. Es muss deshalb — gleich wie bei der Mobiliarsteigerung — angenommen werden, dass derartige Ansprüche nicht bestehen, indem mit Rücksicht auf die öffentlichrechtliche Natur der Zwangsversteigerung die privatrechtlichen Vorschriften über den Kauf nur insoweit anwendbar sind, als dies durch B ausdrücklich vorgesehen wird (vergl. § 35, III, Ziff. 3, lit. c, bb hievor). Dagegen wird allerdings der Erwerber gegen eine allfällige Entwährung durch das gemäss B 106, 107 und 140, Al. 2 vorgesehene Widerspruchsverfahren, bezw. durch B 108 bis zu einem gewissen Grade sichergestellt. Ferner aber können nur diejenigen Lasten als auf dem ersteigerten Grundstück bestehend angenommen werden, welche im Lastenverzeichnis, bezw. in den Steigerungsbedingungen vorbehalten waren (vergl. oben II, Ziff. 1 und 2).

cc. Mit dem Zuschlag entstehen aber auch gewisse Verpflichtungen des Ersteigerers, welche sich einteilen lassen einerseits in die Pflicht zur Bezahlung des Steigerungspreises (vergl. unten Ziff. 4) und andererseits in die Erfüllung der übrigen Steigerungsbedingungen. [51])

[51]) Vergl. dazu Huber, a. a. O., ZschwR. N. F. XXIV, S. 302 ff.

Was die letzteren anbelangt, so sind dieselben schon vor der Steigerung aufgestellt und können nachher weder zu Gunsten noch zu Ungunsten des Ersteigerers abgeändert werden. Die darin vorgesehenen Belastungen des versteigerten Grundstückes treten ipso iure ein. Die durch die Steigerungsbedingungen vorgesehenen positiven Leistungen des Ersteigers dagegen können, ebensowenig wie die Bezahlung des Steigerungspreises, rechtlich erzwungen werden. Wenn für ihre Erfüllung nicht besondere Sicherheiten ausbedungen und geleistet wurden, so bleibt bei Nichterfüllung kein anderes Mittel übrig, als eine Rückgängigmachung der Eigentumsübertragung und die Ansetzung einer zweiten Steigerung gemäss B 143, Al. 1 (vergl. unten Ziff. 4).

d. Die Anfechtung des Zuschlages kann mit Rücksicht auf die öffentlichrechtliche Natur der Zwangsversteigerung nur im Wege der Beschwerde gemäss B 17 ff. erfolgen (B 136 bis). Eine Anfechtung durch gerichtliche Klage ist ausgeschlossen. [52])

Der ergangene Beschwerdeentscheid äussert dabei seine Wirkungen nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht. B 136 bis (ZGBE 60) sieht vor: «Der Eigentumserwerb des Steigerungskäufers kann nur auf dem Wege der Beschwerdeführung angefochten werden mit dem Begehren auf Aufhebung des Zuschlages». Die Rückgängigmachung der materiellen Wirkungen des Zuschlages kann eben nur durch Aufhebung dieses letztern geschehen, und diese Aufhebung ihrerseits ist nur auf betreibungsrechtlichem Wege, d. h. durch Verfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde möglich.

Mit Rücksicht darauf muss als zur Beschwerdeführung legitimiert jedermann betrachtet werden, der an der Aufhebung des Zuschlages als solchen oder an derjenigen des Eigentumserwerbes ein rechtliches Interesse besitzt; also ausser dem Gläubiger und Schuldner jedenfalls auch ein durch das Steigerungsergebnis berührter Hypothekargläubiger, sowie ein Bieter, dessen Angebot abgelehnt wurde.

3. Die Bezahlung des Steigerungspreises um-

[52]) Vergl. BE XXX (2), 17.

fasst alle diejenigen Beträge, welche der Ersteigerer laut Steigerungsbedingungen, Angebot und Zuschlag in bar zu entrichten hat, namentlich also auch allfällige Steigerungskosten, welche dem Erwerber gemäss B 135, Al. 2 in den Steigerungsbedingungen auferlegt wurden.

a. Der Zahlungsmodus wird durch B 136, Al. 1 in der Weise festgelegt, dass die Versteigerung gegen Barzahlung oder unter Gewährung eines Zahlungstermins von höchstens sechs Monaten geschehen soll. Ob der eine oder andere Modus anwendbar ist, darüber entscheidet der Betreibungsbeamte; jedoch muss dies schon in den Steigerungsbedingungen geschehen. [53])

b. Zur Sicherstellung im Falle eines gewährten Zahlungstermines sieht das Gesetz bestimmte Massnahmen vor, welche im gegenwärtigen und im künftigen Recht verschiedenartig geordnet sind.

aa. Das gegenwärtige Recht bestimmt, dass, wenn ein Zahlungstermin gewährt wird, die Liegenschaft für die Kaufsumme samt Zins als Pfand haftet (B 137, Al. 1). Es handelt sich also hier um ein gesetzliches Pfandrecht an der Liegenschaft, dessen Existenz der Natur der Sache gemäss die geschehene Eigentumsübertragung nach Vorschrift von B 136, Al. 2 voraussetzt (vergl. oben Ziff. 2, lit. c, bb). [54]) Über die Art und Weise der formellen Behandlung dieses Pfandrechtes besitzen einige kantonale EG besondere Vorschriften, indem sie das Pfandrecht entweder im Steigerungskaufbrief, bezw. im Gantprotokoll vormerken, oder es

[53]) Für den Fall der Nichtbarzahlung kann in den Steigerungsbedingungen eine Verzinsung der Kaufsumme vorgesehen werden, und zwar — wie Jaeger, Art 136, N. 2 mit Recht annimmt — ohne Rücksicht darauf, ob eine solche Massnahme im kantonalen EG vorgesehen ist (wie z. B. in Freiburg EG 43, Basel-Stadt EG 21. Baselland EG 29) oder nicht.

[54]) Freiburg EG 43, 44, St. Gallen EG 42 knüpfen dabei an den Eigentumsübergang bis zur Bezahlung des Steigerungspreises gewisse Veräusserungs- und Verpfändungsbeschränkungen. Die bundesrechtliche Zulässigkeit derselben ist aber zweifelhaft, da B 137, Al. 2 solche Beschränkungen nur für den Fall vorsieht, dass neben dem Pfandrecht noch andere Sicherheiten verlangt werden; für Zulässigkeit Jaeger, Art. 137, N. 1.

bei der Fertigung vorbehalten oder endlich dafür geradzu einen eigentlichen Pfandbrief errichten lassen.[55] Derartige Vorkehrungen sind aber zur Begründung gar nicht erforderlich, indem es sich um ein gesetzliches Pfandrecht handelt, welches ipso iure entsteht.[56]

Neben dieser obligatorischen Sicherstellung sieht aber B 137, Al. 2 auch noch eine fakultative vor, indem dort vorgeschrieben wird: «Es kann noch anderweitige Sicherheit ausbedungen werden. In diesem Falle erhält der Erwerber das Verfügungsrecht über die Liegenschaft erst, nachdem er die Sicherheit geleistet hat. Inzwischen bleibt die Liegenschaft auf Rechnung und Gefahr des Erwerbers in der Verwaltung des Betreibungsamtes».

Eine solche besondere Sicherheitsleistung kann aber nur verlangt werden, wenn sie entweder durch das kantonale Recht als obligatorisch erklärt,[57] oder aber in den Steigerungsbedingungen ausdrücklich vorbehalten wird.[58]

Die Bestimmung der Art und Weise der zu leistenden Sicherheit, bezw. die Kognition über ihre Hinlänglichkeit, steht dem Betreibungsbeamten zu.[59] Die Sicherheits-

---

[55] Vergl. die Zusammenstellung der einschlägigen Bestimmungen kantonaler EG bei Reichel, Art. 137, N. 2; ferner Brand und Wasem, S. 333 ff.

[56] Wie Reichel, Art. 137, N. 1 richtig hervorhebt, kommt diesem Pfandrecht keine grosse praktische Bedeutung zu, da seine Realisierung im Falle der Nichtzahlung des Steigerungspreises regelmässig durch Rückgängigmachung der Eigentumsübertragung überflüssig und geradezu unmöglich gemacht wird. Nur wenn infolge des Konkursausbruches eine zweite Steigerung nicht abgehalten werden kann, hat das Pfandrecht praktische Bedeutung; vergl. Jaeger, Art. 137, N. 4. Eine direkte Realisierung des Pfandrechtes durch den betriebenen Schuldner selber, wie sie Huber, a. a. O., ZschwR., N. F. XIV, S. 306 als möglich annimmt, ist nur denkbar für den Fall, dass die Betreibung vor Bezahlung des Steigerungspreises aus irgend einem Grunde dahinfällt.

[57] Dies geschieht in Schwyz, Freiburg, beiden Basel, Waadt; vergl. die einschlägigen Bestimmungen der EG bei Reichel, Art. 137, N. 3, sowie Brand und Wasem, S. 333 ff.

[58] Ebenso Jaeger, Art. 137, N. 5; A II, 35.

[59] Ebenso A IX, 42. Der Betreibungsbeamte bestimmt sie mit Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse. Ihre Art und Weise und

leistung kann für die ganze Steigerungssumme ausbedungen werden, also auch für denjenigen Teil, welcher durch die Überbünde gedeckt wird.[60]) Ihre Realisierung liegt dem Betreibungsbeamten ob und kann auch im Falle einer Rückgängigmachung der Eigentumsübertragung gemäss B 143 zur Deckung eines allfälligen Schadens erfolgen, sofern dies in den Steigerungsbedingungen vorbehalten ist.[61])

Die Leistung der vorgeschriebenen Sicherheit ist die Bedingung zur Erlangung des Verfügungsrechtes über die Liegenschaft seitens des Ersteigerers. Bis zu diesem Zeitpunkte bleibt das Objekt auf Rechnung und Gefahr des Erwerbers in der Verwaltung des Betreibungsamtes.[62]) Diese Verfügungsbeschränkung bezieht sich aber nur auf die tatsächliche Verfügung, enthält also keine Veräusserungs- oder Verpfändungsbeschränkung. Wird jedoch wegen nicht rechtzeitiger Bezahlung die Eigentumsübertragung gemäss B 143, Al. 1 rückgängig gemacht, so fällt natürlich auch eine vom Ersteigerer inzwischen vorgenommene Veräusserung oder Verpfändung ipso iure dahin.[63])

bb. Die neue Fassung in B 137 (ZGBE 60) nimmt — wohl mit Rücksicht auf den oben erwähnten geringen praktischen Wert des Institutes — von der Schaffung eines gesetzlichen Pfandrechtes Umgang. Sie schreibt vielmehr vor: «Wenn ein Zahlungstermin gewährt wird, bleibt

---

ihr Umfang braucht deshalb nicht schon in den Steigerungsbedingungen genau angegeben zu sein.

[60]) Vergl. Jaeger, Art. 137, N. 5; A IV, 82.

[61]) In diesem Sinne auch Huber, a. a. O., ZschwR, N. F., XXIV, S. 307 in fine.

[62]) Dagegen kann an die nicht rechtzeitige Leistung der Sicherheit nicht etwa die Ungültigerklärung der Steigerung selbst geknüpft werden; vergl. BE XXVI (1), 75. Jaeger, Art. 137, N. 7 schlägt vor, die Übertragung des Eigentums von der Leistung der Sicherheit abhängig zu machen, was jedoch mit der Vorschrift in B 136, Al. 2 nicht in Einklang stände.

[63]) Vergl. Jaeger, Art. 137, N. 6, Reichel, Art. 137, N. 5 und Art. 143, N. 1. Eine ausdrückliche Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit sehen vor Freiburg EG 43, 44, St. Gallen EG 42.

das Grundstück bis zur Zahlung der Kaufsumme auf Rechnung und Gefahr des Erwerbers in der Verwaltung des Betreibungsamtes. Ohne dessen Bewilligung darf inzwischen keine Eintragung in das Grundbuch vorgenommen werden. Überdies kann sich das Betreibungsamt für den gestundeten Kaufpreis besondere Sicherheiten ausbedingen.»

An Stelle des bisher vorgesehenen gesetzlichen Pfandrechtes tritt also nun in allen Fällen eine Beschränkung der Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück bis zur Bezahlung des Steigerungspreises. Und zwar betrifft diese Beschränkung nicht nur, wie bisher die in B 137, Al. 2 vorgesehene, die tatsächliche Verfügung, sondern auch die rechtliche, insofern als der Erwerber sein Recht ohne Bewilligung des Betreibungsamtes nicht im Grundbuch eintragen lassen und deshalb auch nicht grundbuchrechtlich darüber verfügen kann.

Was die vom Betreibungsamt auszubedingenden Sicherheiten anbelangt, so gilt mit Bezug auf sie das nämliche wie hinsichtlich der im gegenwärtigen Recht vorgesehenen (vergl. oben lit. aa.).

c. Die nicht rechtzeitige Bezahlung des Erwerbspreises (Zahlungsverzug) zieht nicht etwa exekutorische Massnahmen gegenüber dem Ersteigerer nach sich. Da es sich eben bei der Versteigerung nicht um den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages, sondern um eine betreibungsrechtliche Funktion mit dem Effekt der Eigentumsübertragung handelt, so hat die Nichterfüllung der dem Ersteigerer auferlegten Pflichten einfach die Rückgängigmachung des Zuschlages zur Folge, woran sich allerdings auch eine gewisse vermögensrechtliche Haftung des Erwerbers knüpfen kann. [64])

aa. Der Grundsatz, welcher diesbezüglich in B 143 aufgestellt wird, geht dahin, dass, wenn die Zahlung nicht rechtzeitig erfolgt, die Übertragung der Liegenschaft rückgängig gemacht und durch das Betreibungsamt sofort eine neue Steigerung angeordnet wird.

[64]) Das Betreibungsamt kann nicht etwa gegen den säumigen Erwerber Betreibung oder Klage anheben; vergl. A V, 101.

bb. Die einzige Voraussetzung dieser Rückgängigmachung ist also der Zahlungsverzug, d. h. die nicht rechtzeitige Erfüllung der vom Ersteigerer gemäss den Steigerungsbedingungen durch sein Angebot übernommenen pekuniären Gegenleistungen.[65] Da B 143, Al. 1 schlechtweg von Zahlung spricht, kann es sich nicht etwa bloss um die Leistung des Steigerungspreises allein handeln.[66]

Ein Zahlungsverzug im Sinne der genannten Vorschrift liegt aber nur vor, soweit die Bezahlung einer gemäss den Steigerungsbedingungen geschuldeten Summe verweigert wird.[67] Ferner aber muss es sich dabei um eine Zahlung handeln, welche an das Betreibungsamt zu machen ist und den Zielen der eben vorliegenden Betreibung als solcher dient. Ein Verzug in der Erfüllung einer dem Ersteigerer überbundenen Verpflichtung gegenüber Drittpersonen (z. B. Pfandgläubigern), für welche nicht Betreibung angehoben ist, gehört also nicht hieher, da diese Erfüllung mit der Schuldbetreibung als solcher nicht zusammenhängt.[68] Der Drittberechtigte hat deshalb seine Ansprüche gegen den Ersteigerer auf gerichtlichem Wege geltend zu machen, wobei ihm die Steigerungsbedingungen bezw. das Steigerungsprotokoll als Rechtstitel dienen. Als

---

[65]) Unerheblich ist daher, ob eine Eigentumsübertragung gemäss B 137, Al. 2 nach den Formen des kantonalen Rechtes im Momente des Verzuges bereits erfolgt ist, oder nicht; vergl. BE XXVIII (2), 69, XXX (2), 22. Dieser Unterschied wird unter dem neuen Recht infolge der Aufhebung der Vorschrift in B 137, Al. 2 überhaupt keine Rolle mehr spielen (vergl. oben Ziff. 2, lit. c, bb).

[66]) Es gehören hierher also auch die Steigerungskosten, Fertigungskosten, Handänderungsabgaben etc.; vergl. BE XXXII (1). 30, A X, 66.

[67]) Widersetzt sich deshalb der Ersteigerer einer weitergehenden Forderung des Betreibungsbeamten, so ist B 143, Al. 1 nicht anwendbar. Ebenso BE XXX (2), 23, wo auch zutreffend festgestellt wird, dass das Vorliegen eines Zahlungsverzuges immer nach eidgenössischem Recht (B) zu beurteilen sei, während das Bundesgericht in einem früheren Urteil, von der unrichtigen Annahme ausgehend, es handle sich bei der Steigerung um einen zivilrechtlichen Immobiliarkaufvertrag, feststellte, dass gestützt auf OR 231 kantonales Recht massgebend sei; vergl. BE XXVIII (2), 38.

[68]) Ebenso BE XXX (1), 146; A VIII, 67, IX, 57.

Zahlungsverzug im Sinne von B 143, Al. 1 gilt endlich auch nicht die nicht rechtzeitige Leistung der gemäss B 137 ausbedungenen besonderen Sicherheiten (vergl. oben lit. b).

Der säumige Ersteigerer kann sich der Rückgängigmachung der Eigentumsübertragung und der Ansetzung einer zweiten Steigerung nicht etwa durch Anfechtung der Gesetzmässigkeit der Steigerungsbedingungen selbst widersetzen, da eine solche Anfechtung einzig vor der Steigerung erfolgen kann (vergl. oben II, Ziff. 1, lit. b).[69])

cc. Die Art und Weise der Rückgängigmachung wird unter dem gegenwärtigen Recht durch die kantonale Gesetzgebung bestimmt, d. h. sie muss nach den Formen vor sich gehen, welche das kantonale Recht für die Eigentumsübertragung gemäss B 137, Al. 2 vorschreibt. Das kantonale EG kann aber auch besondere Bestimmungen hierüber aufstellen.[70]) Die Rückgängigmachung der Eigentumsübertragung zieht dabei auch die Ungültigkeit allfälliger vom Ersteigerer vorgenommenen Veräusserungs- und Verpfändungsgeschäfte nach sich (vergl. oben lit. b, aa in fine).[71])

Eine Anfechtung der Aufhebungsverfügung kann immer nur auf dem Beschwerdewege, also niemals durch gerichtliche Klage geschehen, was sich unter dem neuen Recht implicite aus B 136 bis ergibt.[72])

dd. Die betreibungsrechtliche Folge der Rückgängigmachung ist die Anordnung einer zweiten Steigerung (B 143, Al. 1; vergl. unten Ziff. 4).

ee. Daneben äussert aber die Rückgängigmachung Folgen zivilrechtlicher Natur. Der frühere Er-

---

[69]) Ebenso BE XXIV (1), 96.

[70]) Vergl. die Zusammenstellung der einschlägigen kantonalen Vorschriften bei Reichel, Art. 143, N. 3; Brand und Wasem, S. 333 ff.

[71]) Bedenken grundbuchtechnischer Natur, wie sie Reichel, Art. 143, N. 1 hegt, werden nach der neuen Fassung in B 137 (ZGBE 60) ausgeschlossen sein, da eben die Eintragung im Grundbuch regelmässig bis zur Zahlung unterbleiben wird.

[72]) Ebenso Reichel, Art. 143, N. 2, welcher in zutreffender Weise einen gegenteiligen Entscheid in BE XXIV (1), 79 kritisiert. Richtig nun BE XXXII (1), 30.

steigerer und seine Bürgen haften für den Ausfall bei der zweiten Steigerung und allen weitern Schaden. Der Zinsverlust wird dabei zu fünf vom Hundert berechnet (B 143, Al. 2). Diese Vorschrift stimmt mit der in B 129, Al. 4 bezüglich der Mobiliarsteigerung enthaltenen wörtlich überein. Die Verhältnisse sind also hier genau dieselben wie dort (vergl. § 35, III, Ziff. 4, lit. b hievor).

4. Eine zweite Steigerung findet in den nämlichen Fällen statt wie bei der Mobiliarverwertung.

a. Die Voraussetzungen charakterisieren sich deshalb auch hier nach zwei Richtungen hin. Eine zweite Steigerung findet statt:

aa. wenn in der ersten Steigerung kein Angebot erzielt wurde, welches den Schätzungswert erreicht und zugleich den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt (B 141; vergl. oben Ziff. 2, lit. a);

bb. wenn wegen nicht rechtzeitiger Bezahlung des Steigerungspreises die bei der ersten Steigerung vorgekommene Eigentumsübertragung rückgängig gemacht wird (B 143, Al. 1; vergl. oben Ziff. 3, lit. c).

b. Das Verfahren ist im grossen und ganzen demjenigen der ersten Steigerung analog (vergl. oben Ziff. 2). Mit Rücksicht auf die veränderten Verhältnisse und kraft besonderer Gesetzesvorschrift greifen jedoch folgende Abweichungen Platz:

aa. Die zweite Steigerung wird spätestens zwei Monate nach der ersten abgehalten (B 142, Al. 1), wobei aber diese Fristbestimmung eine blosse Ordnungsvorschrift darstellt und auf die neue Steigerung wegen Zahlungsverzugs (B 143) überhaupt nicht Anwendung findet. [73])

bb. Die Bekanntmachung der zweiten Steigerung findet nach den durch B 138 und 139 für die erste Steigerung aufgestellten Grundsätzen statt. Es ist jedoch darin — für

---

[73]) Auch beim Vorhandensein mehrerer Pfändungsgruppen kann natürlich die zweite Steigerung nur einmal angeordnet werden, gleichgültig, ob B 141, Al. 2 oder 143, Al. 1 zutrifft; vergl. BE XXVIII (1), 69.

den Fall der zweiten Steigerung gemäss B 142 — auch noch das höchste Angebot der ersten Steigerung anzugeben (B 142, Al. 1). Im weitern darf wohl angenommen werden, dass trotz des Wortlautes in B 142, Al. 1 eine Aufforderung an die dinglich Berechtigten nicht zu erfolgen braucht und auch ein neues Lastenverzeichnis nicht angelegt wird. [74])

cc. Der Zuschlag ist an weniger strenge Bedingungen gebunden wie bei der ersten Steigerung. Die Liegenschaft wird bei der zweiten Steigerung dem Meistbietenden zugeschlagen, sofern das Angebot den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt (B 142, Al. 2, 143, Al. 1). Die Erreichung des Schätzungswertes ist nicht notwendig, und es bestehen demnach hier die nämlichen Vorschriften wie bei der Mobiliarverwertung (vergl. § 35, III, Ziff. 5, lit. c hievor). [75])

Beim Fehlen eines genügenden Angebotes fällt die Betreibung in Hinsicht auf diese Liegenschaft dahin (B 142, Al. 3), [76]) sofern es sich um die zweite Steigerung gemäss B 241, Al. 2, im Falle des nicht genügenden Angebotes bei der ersten Steigerung handelt. Hier muss nämlich

[74]) So auch Jaeger, Art. 142, N. 2. BE XXV (1), 53 scheint hier einen Unterschied machen zu wollen, je nachdem es sich um eine zweite Steigerung gemäss B 141, Al. 2 oder um eine solche gemäss 143, Al. 1 handelt. In jedem Falle aber kann von den Berechtigten gegen die Steigerungsbedingungen und damit gegen das Lastenverzeichnis Beschwerde geführt werden, auch wenn sie gleich geblieben sind; vergl. A IX, 6.

[75]) Wenn Gläubiger verschiedenen Ranges das Verwertungsbegehren gestellt haben, so kann zugeschlagen werden, auch wenn nur für einen von ihnen über die Hypotheken hinaus etwas erzielt wird; vergl. A II, 54. Betreibt der Grundpfandgläubiger für Hypothekarzinse auf Pfändung, so braucht das Meistangebot den Betrag seiner eigenen Hypotheken nicht zu übersteigen; vergl. A II, 64, 65.

[76]) Dies ist natürlich dann nicht der Fall, wenn der Betreibungsbeamte trotz Vorliegens eines genügenden Angebotes den Zuschlag nicht erteilte. Die Beteiligten können hier vielmehr auf dem Beschwerdeweg den Zuschlag, oder, wenn der entlassene Bieter sich dem widersetzt, eine neue Steigerung verlangen; vergl. BE XXIX (1), 52.

die Fruchtlosigkeit der zweiten Steigerung als ein Beweis dafür angesehen werden, dass über den Betrag der pfandversicherten Forderungen hinaus ein Erlös aus der Liegenschaft nicht erzielt werden kann, dass also die letztere zur Deckung der Pfandgläubiger reserviert werden muss. [77]) Für den Fall einer zweiten Steigerung infolge Säumnis des ersten Ersteigerers enthält das Gesetz — ebenso wie bei der Mobiliarsteigerung — keine einschlägige Vorschrift. Es muss deshalb — wie dort — angenommen werden, dass der Betreibungsbeamte entweder vom ersten Ersteigerer die Differenz zwischen seinem Angebot und dem Betrag der vorgehenden Pfandforderungen als Schadenersatz verlangen, oder aber eine neue (dritte) Steigerung anordnen kann (vergl. § 35, III, Ziff. 4, lit. c hievor).

Eine dritte Steigerung findet gemäss B 143 ferner statt, wenn der Erwerber der zweiten Steigerung seinen Verpflichtungen nicht rechtzeitig nachkommt.

IV. Die formellen Wirkungen der Liegenschaftsverwertung.

Die betreibungsrechtliche Verwertung einer Liegenschaft ändert die rechtlichen Verhältnisse der letztern regelmässig nach zwei verschiedenen Richtungen hin: Einerseits hat sie den Eigentümerwechsel zur Folge, anderseits bewirkt sie, bezw. die ihr vorausgehende Feststellung des Lastenverzeichnisses, den Untergang, bezw. eine bestimmte Änderung der am Grundstück bestehenden dinglichen Rechte Dritter. Die Rechtssicherheit verlangt dabei, dass diese Änderungen im Rechtsbestande der Liegenschaft in den öffentlichen Büchern eingetragen werden.

Was die Eintragung des Eigentümerwechsels anbelangt, so enthält allerdings B hierüber keine ausdrücklichen Vorschriften. Wo aber nach dem kantonalen Rechte

[77]) Das Wegfallen aus der Betreibung hat aber nicht etwa die Unpfändbarkeit der betreffenden Liegenschaft zur Folge. Dieselbe kann vielmehr jederzeit — auch von dem betreffenden betreibenden Gläubiger — neu gepfändet werden. Ebenso Martin, p. 124.

zum Übergang des Eigentums an der Liegenschaft die Eintragung in das Grundbuch notwendig ist, hat jedenfalls der Betreibungsbeamte dem Ersteigerer die nötigen Legitimationspapiere hiezu zu verschaffen (B 136, Al. 2; vergl. oben III, Ziff. 2, lit. c, bb). [78]) Wird jedoch die Übertragung der Liegenschaft infolge nicht rechtzeitiger Zahlung des Steigerungspreises nach der Vorschrift in B 143, Al. 1 rückgängig gemacht, so hat natürlich der Beamte auch für die erforderlichen Löschungen im Grundbuch zu sorgen. Unter dem künftigen Rechte wird dies insofern vereinfacht, als die neue Fassung in B 137 (ZGBE 60) vorsieht, dass im Falle der Gewährung eines Zahlungstermins an den Ersteigerer. ohne Bewilligung des Betreibungsamtes keine Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch vorgenommen werden darf.

Die Sorge für die grundbuchamtliche Feststellung der Änderungen im Bestande der dinglichen Rechte Dritter an der versteigerten Liegenschaft wird durch B 150, Al. 3 direkt dem Betreibungsamte übertragen, indem daselbst vorgeschrieben wird: «Bei Liegenschaftsverwertungen veranlasst der Beamte in Betreff der Hypotheken und Grundlasten die erforderlichen Tilgungen und Umschreibungen in öffentlichen Büchern». [79]) Diese Vorschrift ist aber einigermassen unvollständig, indem darin die Löschung allfälliger anlässlich der Verwertung der Liegenschaften, bezw. infolge der Bereinigung des Lastenverzeichnisses gemäss B 140, Al. 2. untergegangenen Dienstbarkeiten nicht vorgesehen ist. Diese Lücke wird nun durch die neue Fassung in B 150, Al. 3 (ZGBE 60) ergänzt, indem hier dem Beamten auch hinsichtlich der

[78]) Die kantonalen EG können aber dem Betreibungsbeamten selbst auch die Vornahme der nötigen Schritte zur Pflicht machen; vergl. die Zusammenstellung der einschlägigen Vorschriften bei Reichel, Art. 136, N. 3; Brand und Wasem, S. 333 ff.

[79]) Die nähere Umschreibung dieser Tätigkeit ist Sache der kant. EG, welche dabei den Vorschriften des kantonalen Grundbuchrechtes Rechnung tragen. Die einschlägigen Bestimmungen sind zusammengestellt bei Reichel, Art. 150, N. 3; vergl. auch Brand und Wasem, S. 333 ff.

Dienstbarkeiten die Veranlassung der erforderlichen Tilgungen im Grundbuche aufgetragen wird.

Dritter Unterabschnitt.

§ 37.

Die Verteilung.

I. Allgemeine Grundsätze.

Die Verteilung ist das Schlussstadium der Betreibung auf Pfändung. Sie bezweckt die Befriedigung der Gläubiger aus dem Ergebnis der Verwertung.

1. Die Vornahme der Verteilung geschieht von Amtes wegen, sobald der Zeitpunkt und die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Ein Begehren des Gläubigers ist also — im Gegensatz zu der Einleitung der Pfändung und der Verwertung — hier nicht notwendig. Wird deshalb nach Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen die Verteilung durch den Betreibungsbeamten nicht vorgenommen, so steht jedem Gläubiger mit definitiver Pfändung die Beschwerde wegen Rechtsverzögerung zu.

2. Die Voraussetzungen und zugleich der Zeitpunkt der Verteilung werden durch die in B 144, Al. 1 enthaltene Bestimmung umschrieben, wonach die Verteilung vorzunehmen ist, sobald alle in einer Pfändung enthaltenen Vermögensstücke verwertet sind. Dieser Grundsatz muss auch dann Anwendung finden, wenn infolge der Natur der gepfändeten Gegenstände die Verwertung nicht für alle gleichzeitig erfolgen konnte, wie z. B., wenn sowohl Mobilien als Immobilien gepfändet waren.[1])

Ausnahmen von diesem Grundsatz können jedoch nach drei verschiedenen Richtungen hin stattfinden:

---

[1]) Immerhin kann der Erlös aus den Mobilien vorläufig im Wege der Abschlagsverteilung gemäss B 144, Al. 2 an die Gläubiger abgeführt werden; vergl. A II, 103. Ein analoger Fall bietet sich dann, wenn mit irgendwelchen Gegenständen auch Bargeld oder liquide Forderungen gepfändet wurden; vergl. A III, 135.

a. Eine antizipierte Verteilung bilden die sog. Abschlagsverteilungen, welche gemäss B 144, Al. 2 schon vor dem für die Verteilung als solche gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkt erfolgen können. Sie werden im Gesetz in keiner Weise beschränkt; ihre Vornahme steht deshalb im Ermessen des Betreibungsbeamten. Der letztere hat jedoch dafür zu sorgen, dass alle beteiligten Gläubiger in gleicher Weise daraus Nutzen ziehen, weshalb er die Abschlagsverteilung erst dann vornehmen darf, wenn feststeht, wer als mitberechtigter Gläubiger tatsächlich in Betracht kommt.[2]) Jedenfalls aber darf an einer Abschlagsverteilung niemals ein Gläubiger mit bloss provisorischer Pfändung partizipieren.

b. Trotzdem sämtliche in der Pfändung enthaltenen Gegenstände verwertet sind, kann eine Verteilung dann nicht stattfinden, wenn die Betreibung ganz oder teilweise durch die zuständige Behörde suspendiert wurde. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn gemäss B 107, Al. 4 ein Dritter widerspruchsweise Eigentum oder Pfandrecht am Erlös der verwerteten Sache geltend macht, und hierauf die Betreibung mit Bezug auf diesen Erlös nach Massgabe der Vorschrift in B 107, Al. 2 eingestellt wird (vergl. § 32 I, Ziff. 1 hievor).[3])

c. Umgekehrt aber darf die Verteilung vor der geschehenen Verwertung aller in der Pfändung enthaltenen Gegenstände erfolgen, sofern die Verwertung gemäss B 119, Al. 2 durch das Betreibungsamt eingestellt wurde, weil ihr Erlös den Gesamtbetrag der Forderungen mit definitiver Pfändung, nicht aber denjenigen der Forderungen mit bloss provisorischer Pfändung erreicht hatte (vergl. § 34, II, Ziff. 2 hievor).

[2]) Ebenso Jaeger, Art. 144, N. 3, Reichel, Art. 144, N. 3. Für Gläubiger, deren Pfändung bloss provisorischen Charakter hat, braucht eine Abschlagszahlung nicht reserviert zu werden. Eine Beschwerde betreffend die Abschlagsverteilung kann, da es sich um eine Frage des Ermessens handelt, jedenfalls nicht an die eidgen. Aufsichtsbehörde weitergezogen werden; vergl. A II, 103.

[3]) Gleich zu behandeln ist aber überhaupt jeder Fall einer Einstellung der Betreibung durch die zuständige Behörde; vergl. Jaeger, Art. 144, N. 2; A IV, 40.

II. Die Art und Weise der Verteilung.

Der Verwertungserlös ist nach zwei Richtungen hin zu verwenden: Zur Deckung der amtlich ausgelegten Kosten und zur Befriedigung der Gläubiger.

1. Die Kostendeckung kommt immer in erster Linie. Aus dem Erlös werden vorab die Kosten der Verwertung und der Verteilung bezahlt (B 144, Al. 3). Die Verwertungs- und Verteilungskosten[4]) werden hier allein erwähnt, weil sie regelmässig — im Gegensatz zu den übrigen Betreibungskosten — mit der Erzielung und der Verteilung des Erlöses in direktem Zusammenhang stehen und alle an der Betreibung beteiligten Gläubiger gleichmässig interessieren. B 144, Al. 3 und 4 betrachtet deshalb geradezu als Reinerlös den erzielten Erlös abzüglich der genannten Kosten.[5]) Dabei ist allerdings auch noch die Möglichkeit vorhanden, dass ein Teil dieser Kosten gemäss B 135, Al. 2 von vorneherein dem Ersteigerer auferlegt wird.

2. Betreffend die Befriedigung der Gläubiger selbst schreibt B 144, Al. 4 vor: «Der Reinerlös wird den beteiligten Gläubigern bis zur Höhe ihrer Forderungen, einschliesslich des laufenden Zinses und der Betreibungskosten, ausgerichtet».

a. Beteiligt im Sinne des Gesetzes sind nicht nur die betreibenden Gläubiger, sondern auch die Pfandgläubiger, deren Forderungen nicht dem Erwerber der verwerteten Sache überbunden, sondern aus dem Erlös selbst abbezahlt werden, sowie die an der Pfändung beteiligten Arrestgläubiger (B 281).[6])

[4]) Vergl. Die Spezifikation der Verteilungskosten in Verordnung Nr. 1, Art. 20, sowie Tarif Art. 18—20.

[5]) Diese Kosten sind denn auch von allen an der Betreibung beteiligten Gläubigern gleichmässig zu tragen, bezw., wenn der Erlös zu ihrer Deckung nicht hinreicht, zu bezahlen; vergl. BE XXVIII (1), 15. Den Pfandgläubigern, deren Forderung nicht überbunden, sondern aus dem Erlös bezahlt wird, darf nach richtiger Ansicht nötigenfalls auch ein entsprechender Kostenanteil verrechnet werden; vergl. Jaeger, Art. 144, N. 4.

[6]) Die Praxis rechnet hieher auch solche Pfandgläubiger, deren Ansprüche noch gemäss B 140, bezw. B 106, 107, 109 im Streite liegen; vergl. A III, 7, Reichel, Art. 144, N. 5, Jaeger, Art. 144, N. 5. Ihr Anteil wird gemäss B 9 deponiert.

b. Die zu deckenden Posten zerfallen in folgende Bestandteile:

aa. Die in Betreibung gesetzte Hauptforderung des Gläubigers;

bb. den laufenden Zins hievon, soweit ein solcher im Betreibungsbegehren gefordert wurde (B 67, Ziff. 3);

cc. die Betreibungskosten, soweit dieselben durch den Gläubiger gemäss B 68 vorgeschossen wurden. Zu den Betreibungskosten sind auch die Rechtsöffnungskosten zu rechnen (Verordnung Nr. 1, Art. 7; vergl. § 25, Note 18 hievor).[7])

3. Die Auszahlung an den Gläubiger stellt einen Teil der Verteilungshandlung selber dar. Sie bildet deshalb eine eigentliche betreibungsrechtliche Funktion, gegen welche selbständig Beschwerde geführt werden kann.[8]) Dabei sind drei verschiedene Fälle zu unterscheiden:

a. Der in der Verwertung erzielte Erlös reicht nach Abzug der Verwertungs- und Verteilungskosten zur vollständigen Deckung aller Beteiligten hin. In diesem Falle wird ohne weiteres zur Auszahlung geschritten.[9]) Die Praxis nimmt dabei — nicht völlig im

---

[7]) Zu der Forderung eines Gläubigers rechnet die Praxis auch die Prozesskosten eines vom Gläubiger siegreich durchgeführten Kollokationsprozesses. Es wird also mit a. W. B 250 als analog anwendbar erklärt; vergl. BE XXIV (1), 21. Die rechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens erscheint aber als zweifelhaft, da sich der Kollokationsprozess nicht gegen den Schuldner, sondern gegen einen Mitgläubiger richtet (vergl. unten III, Ziff. 6, lit. e, dd).

[8]) Ebenso A IV, 16 und Jaeger, 144, N. 8.

[9]) An einen Bevollmächtigten oder Zessionar des Gläubigers darf nur gegen Vorweisung der Vollmacht, bezw. der Abtretungsurkunde bezahlt werden. Der Betreibungsbeamte, welcher ohne Beobachtung dieser Vorsichtsmassregel an einen unberechtigten Dritten zahlt, kann gegebenenfalls vom Gläubiger im Wege der Verantwortlichkeitsklage gemäss B 5 zur nochmaligen Zahlung angehalten werden; vergl. A III, 42. Unrichtig ist jedoch die in A VI, 16 und VIII, 129 ausgesprochene Ansicht des Bundesgerichtes, dass der Betreibungsbeamte zu einer solchen nochmaligen Zahlung auch infolge Beschwerde durch die Aufsichtsbehörde veranlasst werden könne (vergl. § 7, V, Ziff. 3, lit. c hievor, speziell Note 42). Im Falle der nachgewiesenen Zession soll der Betreibungsbeamte nur noch an den Zessionar bezahlen; vergl. A III, 105.

Einklang mit B 144, Al. 4 — an, dass es sich um eine Hohlschuld handle, d. h. sie zieht den Gläubigern die Kosten einer allfälligen Zusendung des Verteilungsbetrages von dem letztern ab (vergl. Verordnung Nr. 1, Art. 21). Dagegen fallen die tarifmässigen Gebühren für die amtlichen Verteilungsfunktionen ohne weiteres zu Lasten des Betriebenen (Tarif 19).

Keine direkte Auszahlung erfolgt hinsichtlich der Forderungen mit bloss provisorischer Pfändung (vergl. § 34, I, Ziff. 1 hievor). Die auf sie entfallenden Beträge werden einstweilen bei der Depositenanstalt hinterlegt (B 144, Al. 5).[10] Hier bleiben dieselben, bis entschieden ist, ob die Pfändung eine definitive wird, oder dahinfällt. Im erstern Falle ist der Betrag dem Gläubiger abzuliefern, im letztern dem Schuldner.[11]

In jedem Falle ist dem Schuldner über die Verwendung des Verwertungserlöses eine Schlussrechnung vorzulegen.[12]

b. Wenn der Erlös den Betrag der Forderungen nicht deckt, so ergänzt das Betreibungsamt, unbeschadet der Rechte inzwischen erfolgter Pfändungen, unverzüglich die Pfändung und verwertet die Gegenstände mit Beförderung ohne besonderes Begehren eines Gläubigers und ohne an die ordentlichen Fristen gebunden zu sein (B 145). Die Praxis bezeichnet diese Art der Beschlagnahmung von Vermögenstücken des Schuldners als Nachpfändung, im Gegensatz zu der durch B 110, Al. 1 vorgesehenen sog. Ergänzungspfändung (vergl. § 33, II, Ziff. 2, lit. b hievor). Die Nachpfändung unterscheidet sich von der Ergänzungs-

---

[10]) Der provisorische Charakter der Pfändung ist der einzige Grund, welcher eine Hinterlegung gemäss B 144, Al. 5 herbeiführen kann; vergl. Jaeger, Art. 144, N. 11. Nicht hieher gehört also der Fall der Realisierung einer noch nicht verfallenen Pfandforderung, bezw. einer nicht verfallenen Forderung mit Retentionsrecht; vergl. BE XXIX (1), 48, Reichel, Art. 144, N. 7.

[11]) Vergl. Jaeger, Art. 144, N. 10.

[12]) Vergl. A VI, 16. Mit dem Moment ihrer Zustellung beginnt für den Schuldner die Frist zur Beschwerdeführung gegen die Verteilung.

pfändung dadurch, dass sie nicht, wie jene, ein eingeleitetes Pfändungsverfahren dem Objekte nach vervollständigt. Vielmehr stellt sie, da ja infolge der geschehenen Verwertung gar keine Hauptpfändung mehr existiert, ihrerseits eine selbständige Pfändung dar.[13])

Voraussetzung der Nachpfändung ist also immer, dass die in der ursprünglichen Pfändung beschlagnahmten Gegenstände verwertet sind und dass ihr Erlös zur Deckung der Gläubiger nicht ausreicht.[14]) Die Nachpfändung ist von Amtes wegen vorzunehmen,[15]) und zwar hat sie sofort zu erfolgen, sobald feststeht, dass der Verwertungserlös den Betrag der Forderungen nicht deckt.[16]) In jedem Falle aber müssen die Rechte inzwischen erfolgter Pfändungen gewahrt werden, d. h. mit Bezug auf Gegenstände, welche bereits für eine spätere Gläubigergruppe gepfändet wurden, darf die Nachpfändung immer nur für einen allfälligen Ueberschuss des Erlöses stattfinden.[17])

---

[13]) Vergl. Reichel, Art. 145, N. 3; Jaeger, Art. 145, N. 5; BE XXV (1), 24, XXVII (1), 114, XXXI (1), 93; A V, 2.

[14]) Sie kann deshalb niemals vor geschehener Verwertung erfolgen; auch dann nicht, wenn vorauszusehen ist, dass der Erlös der gepfändeten Gegenstände ungenügend sein wird. Dagegen kann in einem solchen Fall nach der Praxis jeder Gläubiger von sich aus verlangen, dass vor der Verwertung seine Pfändung ergänzt wird, und zwar unbekümmert darum, ob die in B 110, Al. 1 vorgesehene Anschlussfrist abgelaufen ist oder nicht (vergl. § 33 hievor, Note 11).

[15]) Dadurch unterscheidet sie sich von der in der Praxis ebenfalls als Nachpfändung bezeichneten, vor geschehener Verwertung zulässigen Komplettierung der Pfändung, welche immer nur auf Begehren eines Gläubigers erfolgt; vergl. oben Note 14.

[16]) Vergl. BE XXXII (1), 58. Wenn daher der Gläubiger nach der Verwertung auf eine Nachpfändung gemäss B 145 verzichtet hat, kann er nicht später doch noch die Vornahme einer solchen verlangen; vergl. BE XXV (1), 26. Dagegen darf der Ausdruck «unverzüglich» auch nicht zu eng ausgelegt werden; vergl. BE XXVII (1), 102.

[17]) Ebenso Reichel, Art. 145, N. 2. Jaeger, Art. 145, N. 4 nimmt an, dass wenn die Anschlussfrist für die spätere Gruppe noch nicht abgelaufen ist, der Betreibungsbeamte die Nachpfändung für die frühere Gruppe gemäss B 110, Al. 1 anzuschliessen habe. Dies erscheint mit Rücksicht auf den Wortlaut in B 145 eher zweifelhaft. Dagegen versteht es sich von selbst, dass die Nach-

Von einer gewöhnlichen Pfändung unterscheidet sich die Nachpfändung namentlich dadurch, dass die Verwertung der gepfändeten Sachen ohne Verwertungsbegehren seitens des Gläubigers und ohne Beobachtung der in B 116, 122, 133 vorgesehenen Fristen geschieht.[18])

c. Können aus dem Erlös trotz einer allfälligen Nachpfändung nicht alle Gläubiger befriedigt werden, so muss die Reihenfolge ihrer Befriedigung in Form des Kollokationsplanes festgestellt werden (vergl. unten III).

III. Der Kollokationsplan.

Können nicht sämtliche Gläubiger befriedigt werden, so entwirft das Betreibungsamt den Plan für die Rangordnung der Gläubiger (Kollokationsplan; B 146, Al. 1).

1. Die Voraussetzungen des Kollokationsplanes machen sich nach zwei Richtungen hin geltend:

a. Das Verwertungsverfahren, inbegriffen die Nachpfändung und die Verwertung der durch sie beschlagnahmten Gegenstände, muss durchgeführt sein. Es muss also feststehen, wie gross der in der vorliegenden Betreibung definitiv zu erzielende Erlös ist.

b. Es muss ferner feststehen, dass aus dem erzielten Reinerlös nicht alle beteiligten Gläubiger vollständig befriedigt werden können (B 146, Al. 1).[19]) In Betracht kommen dabei nur einerseits die betreibenden Gläubiger

---

pfändung auch solche Sachen erfassen kann, an welchen ein Dritter Eigentum oder Pfandrecht beansprucht, sofern nur Grund zur Annahme vorhanden ist, dass die Sache dem Schuldner gehört. Der Betreibungsbeamte hat in dieser Beziehung keine materielle Prüfung vorzunehmen, sondern einfach das Widerspruchsverfahren gemäss B 106 ff. einzuleiten (vergl. BE XXXIII (1), 82, sowie § 32, II hievor).

[18]) Kritik dieser Bestimmung bei Jaeger, Art. 145, N. 7 und bei Brüstlein in A II, 43.

[19]) Genügt der erzielte Erlös zur Befriedigung, so ist die Aufstellung eines Kollokationsplanes ausgeschlossen; vergl. Jaeger, Art. 146, N. 1; BE XXIII, 57; A. VI, 16. BE XXVII (1), 107 nimmt an, dass ferner ein Kollokationsplan nicht erforderlich sei, sofern sich die beteiligten Gläubiger über den von ihnen einzunehmenden Rang einigen. Dies steht im Widerspruch mit dem Wortlaut in B 146, Al. 1.

der betreffenden Gruppe, d. h. diejenigen, für welche die betreffenden Verwertungshandlungen vorgenommen wurden, und anderseits die Pfandgläubiger, deren Forderungen denjenigen der betreibenden Gläubiger vorgehen; nicht dagegen solche Pfandgläubiger, deren Forderungen denjenigen der betreibenden Gläubiger im Range nachgehen, sowie die Ansprüche der betreibenden Gläubiger einer nachfolgenden Gruppe, auch wenn für sie die verwerteten Gegenstände mit Rücksicht auf einen allfälligen Mehrerlös gepfändet worden waren.[20])

2. Der Inhalt des Kollokationsplanes umfasst die Feststellung der Rangordnung der zu befriedigenden Gläubiger. Der Plan hat deshalb folgende Bestandteile aufzuweisen:[21])

a. Die Aufzählung sämtlicher in Betracht fallender Gläubiger mit ihren Forderungen (vergl. oben Ziff. 1, lit. b).[22]) Die betreibenden Gläubiger sind mit dem in Betreibung gesetzten Forderungsbetrag aufzunehmen. Weder der Betreibungsbeamte noch die Aufsichtsbehörde haben das Recht, eine Forderung aus dem Grunde von der Kollokation auszuschliessen, weil ihnen dieselbe in ihrem rechtlichen Bestand als zweifelhaft erscheint (vergl. unten Ziff. 4, lit. a).[23])

b. Die Feststellung des Ranges geschieht in der Weise, dass die Gläubiger den Rang erhalten, den sie gemäss B 219 im Konkurse des Schuldners einehmen würden (B 146, Al. 2). Es werden demnach in erster Linie die pfandversicherten Forderungen[24]) aus dem Erlös ihrer Pfänder vorweg

[20]) Ebenso BE XXIV (1), 63.

[21]) Verordnung Nr. 1, Art. 20 enthält ein Schema für die Aufstellung des Kollokationsplanes. Dagegen existiert dafür kein amtliches Formular.

[22]) Nicht in den Kollokationsplan aufzunehmen sind allfällige am Erlös geltend gemachte Eigentums- oder Pfandansprüche gemäss B 107, Al. 4; vergl. BE XXII, 210; Jäger, Art. 146, N. 2.

[23]) Vergl. BE XXVII (1), 13; Jaeger, Art. 146, N. 2; Reichel, Art. 146, N. 4.

[24]) Die Feststellung der Beteiligung eines Pfandgläubigers ist erst in diesem Stadium und nicht etwa schon anlässlich der Aufstellung des Lastenverzeichnisses gemäss B 140 vorzunehmen; vergl. BE XXXIII (1), 27.

befriedigt, wobei sie untereinander nach ihrem durch die Zivilgesetzgebung geordneten Rangverhältnis konkurrieren (B 219, Al. 1—4; ZGBE 60).[25]). Nach ihnen kommen die Kurrentforderungen, in fünf Klassen eingeteilt, wie sich dieselben aus den in B 219 statuierten Konkursprivilegien ergeben. Dabei ist für die Einreihung in die ersten fünf Klassen der Zeitpunkt des Pfändungsbegehrens massgebend (B 146, Al. 2).

c. Mit dem Kollokationsplan wird im nämlichen Akt die sog. Verteilungsliste verbunden. Es wird nämlich für jeden in Betracht fallenden Gläubiger der Betrag der zu befriedigenden Forderung nebst Zinsen und Kosten, derjenige der effektiven Anweisung, sowie die zu Verlust gehende Summe festgestellt (Verordnung Nr. 1, Art. 20).[26])

d. Endlich gehören in den Kollokationsplan auch Angaben über die Person des Schuldners, sowie über die Auflegung und eine allfällige Anfechtung des Kollokationsplanes und endlich über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des letztern (Verordnung Nr. 1, Art. 20).

3. Die Bekanntmachung des Kollokationsplanes geschieht in der Weise, dass derselbe beim Betreibungsamte aufgelegt und jeder Beteiligte hievon unter Zustellung eines seine Forderungen betreffenden Auszuges benachrichtigt wird (B 147).[27])

Die Zusendung des Auszuges stellt — trotz des in

[25]) Voraussetzung ist natürlich dabei, dass das betreffende Pfandrecht nicht etwa im Wege des Widerspruchsverfahrens gemäss B 140, Al. 2, 106 beseitigt oder reduziert wurde; vergl. BE XXXII (1), 61. Das letztere kann auch infolge Verzichtes auf die Aufnahme des Widerspruchsprozesses geschehen sein; vergl. BE XXXI (1), 30.

[26]) Nichtsdestoweniger bildet die Verteilung immer eine von der Kollokation durchaus unabhängige Operation. Sie ist immer betreibungsrechtlicher Natur, während bei der Kollokation als solcher materiellrechtliche Fragen mitsprechen können. Die Anfechtung der Verteilungsliste kann deshalb im Gegensatz zu derjenigen des Kollokationsplanes ausnahmslos nur auf dem Beschwerdewege erfolgen: vergl. BE XXIV (1), 21; XXXI (1), 30.

[27]) Für die Anzeige besteht ein besonderes amtliches Formular; vergl. Verordnung Nr. 1, Art. 21.

B 147 gebrauchten Ausdruckes «Zustellung» — eine einfache Mitteilung gemäss B 34 dar (vergl. § 20, II hievor). Als Beteiligte im Sinne der Vorschrift in B 147, welchen die Mitteilung zu machen ist, kommen alle zur Teilnahme an der Verteilung Berechtigten in Betracht, also die betreibenden Gläubiger der betreffenden Gruppe einerseits und die auf den Erlös angewiesenen Pfandgläubiger andererseits.

4. Die Auflegung des Kollokationsplanes und die Mitteilung von Auszügen desselben an die Beteiligten verfolgen den Zweck, eine Anfechtung des Kollokationsplanes zu ermöglichen. B 148, Al. 1 schreibt hierüber vor: «Jeder Gläubiger kann den Kollokationsplan binnen zehn Tagen nach Empfang des Auszuges durch Klage gegen die Beteiligten beim Gerichte des Betreibungsortes anfechten».

Trotz dieses Wortlautes muss aber angenommen werden, dass nicht jede Anfechtung des Kollokationsplanes auf dem Wege der gerichtlichen Klage zu erfolgen hat. Es ist vielmehr im einzelnen Falle darauf Rücksicht zu nehmen, aus welchem Grunde die Anfechtung stattfinden soll und was für Zwecke damit verfolgt werden. Hiebei fällt folgendes in Betracht:

a. Die Aufstellung des Kollokationsplanes ist eine dem Betreibungsbeamten obliegende Verfügung rein betreibungsrechtlicher Natur. Handelt es sich deshalb um eine Rechtsverzögerung oder eine Rechtsverweigerung oder eine Verletzung betreibungsrechtlicher Vorschriften oder endlich um eine Unangemessenheit bei der Aufstellung des Planes als solcher, so kann der Natur der Sache nach aus diesen Gründen eine Anfechtung des letztern nur auf dem Beschwerdewege gemäss B 17 erfolgen, da die Entscheidung derartiger Fragen ausschliesslich in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden fällt. Für ein richterliches Urteil wäre in dieser Beziehung weder Grund noch Raum vorhanden.[28]) Es kann deshalb auch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, durch die Vorschrift in B 148, Al. 1 einen Eingriff in die rein betreibungsrecht-

[28]) Vergl. A VIII, 103, IX, 69.

lichen Kompetenzen der Vollstreckungsbehörden vorzunehmen.[29])

Zur Präzisierung des soeben Ausgeführten ist noch folgendes zu bemerken: Wird gegenüber der in Betreibung gesetzten Forderung ein Rechtsvorschlag nicht erhoben oder aber in gesetzlicher Weise beseitigt, so gilt die Forderung für das betreffende Betreibungsverfahren seitens des Schuldners schlechtweg als anerkannt. Diese Anerkennung ist für das Betreibungsamt verbindlich, so dass es seinerseits keine Prüfung der materiellen Begründetheit der Forderung und damit der Zulässigkeit einer Beteiligung des betreffenden Gläubigers an der Verteilung vornehmen darf. Es hat vielmehr diese Forderung ohne weitere Untersuchung in den Kollokationsplan aufzunehmen, und zwar in dem Range, welcher ihr gemäss der im Betreibungsbegehren nach Vorschrift von B 67, Ziff. 4 angegebenen Natur des Schuldgrundes zukommt. Geschieht dies nicht, so liegt eine gesetzwidrige Verfügung des Betreibungsbeamten vor, welche auf dem Beschwerdewege angefochten werden kann. Der seine Kollokation anfechtende Gläubiger behauptet eben, dass das Betreibungsamt bei Anlegung des Kollokationsplanes die hiefür geltenden betreibungsrechtlichen Vorschriften verletzt habe.[30])

b. Anders verhält es sich, wenn nicht die betreibungsrechtliche Richtigkeit der Kollokationsverfügung des Betreibungsamtes angefochten werden soll, sondern die zivilrechtliche Grundlage, auf welche die kollozierte Forderung, bezw. der ihr zugewiesene Rang beruht. Dies

[29]) Die Fassung in B 148, Al. 1 ist somit eine sehr unglückliche und gibt zu einer Reihe praktischer Schwierigkeiten Anlass. Die Redaktion im bundesrätlichen Entwurf (Art. 158, Al. 1) und auch noch diejenige in der von der Bundesversammlung angenommenen ersten Fassung (Art. 175 quater und 169) war eine viel deutlichere, indem dort gesagt wurde, dass die Anfechtung erfolgen könne «durch Klagen gegen diejenigen Beteiligten, deren Forderungsrecht oder Rang angefochten wird»; vergl. auch Jaeger, Art. 148, Al. 4, sowie BE XXVII (1), 13.

[30]) In diesem Sinne auch BE XXVII (1), 13, XXXI (1), 25, XXXI (2), 108; Jaeger, Art. 148, N. 4.

ist regelmässig dann der Fall, wenn sich die Anfechtung gegen die Kollokation eines Mitgläubigers richtet. Zur Entscheidung derartiger materiellrechtlicher Fragen sind aber die Vollstreckungsbehörden der Natur der Sache nach nicht kompetent. Für diesen Fall — und nur für diesen — sieht deshalb B 148, Al. 1 die Anfechtung des Kollokationsplanes durch gerichtliche Klage vor.

5. Nach dem Gesagten hat die Anfechtung des Kollokationsplanes auf dem Beschwerdewege stattzufinden, sobald nicht der materiellrechtliche Bestand einer Forderung oder die zivilrechtliche Begründetheit des ihr zugewiesenen Ranges in Frage steht.

a. Dies trifft unter folgenden Voraussetzungen zu:

aa. Wenn sich die Anfechtung gegen die äussere Anlegung des Kollokationsplanes richtet, sei es, dass die Voraussetzungen der Aufstellung eines Kollokationsplanes überhaupt fehlen;[31]) sei es, dass bei der Anlegung des letztern Verstösse gegen die hiefür geltenden technischen Vorschriften oder aber Lücken und Irrtümer unterlaufen sind;[32])

bb. wenn Forderungen in den Kollokationsplan aufgenommen wurden, welche nach betreibungsrechtlicher Vorschrift an der betreffenden Verteilung nicht teilzunehmen haben;[33])

cc. wenn Forderungen, welche nach betreibungsrechtlicher Vorschrift an der Verteilung des Erlöses teilzunehmen

---

[31]) Z. B. wenn ein genügender Erlös zur Befriedigung aller Gläubiger erzielt, oder wenn die Verwertung noch gar nicht vollständig beendet ist.

[32]) Vergl. auch BE XXII, 208; A V, 123; Jaeger, Art. 146, N. 2. Hieher gehört auch der Fall einer Nichteinhaltung der Vorschriften in B 146 betr. Auflegung des Kollokationsplanes und Mitteilung an die Gläubiger.

[33]) Z. B. weil der betreffende Gläubiger nicht der in Frage stehenden Gruppe angehört oder mit Unrecht zur Anschlusspfändung zugelassen wurde (vergl. BE XXIX (1), 25, 27), oder weil sein Pfandrecht, für welches er Befriedigung aus dem Erlös verlangt, nicht im Lastenverzeichnis gemäss B 140, Al. 1 aufgenommen war oder gemäss B 140, Al. 2 mit Erfolg bestritten wurde (vergl. BE XXX (1), 97).

befugt sind, nicht oder nicht in vollem Umfange aufgenommen wurden, m. a. W., wenn der in Betracht kommende Gläubiger mit Bezug auf die Kollokation seiner eigenen Forderung Einsprache erhebt (vergl. oben Ziff. 4, lit. a).[34])

b. Die Legitimation zur beschwerdeweisen Anfechtung des Kollokationsplanes kommt jedem Gläubiger zu, welcher ein betreibungsrechtliches Interesse an der richtigen Anlage des Kollokationsplanes hat, also den betreibenden Gläubigern der betreffenden Gruppe einerseits und den Pfandgläubigern, welche aus dem Erlös gedeckt werden sollen, andererseits. Endlich ist aber auch der Schuldner als legitimiert zu betrachten.

c. Die Wirkung eines zusprechenden Beschwerdeentscheides besteht in der Aufhebung, bezw. der Korrektur des Kollokationsplanes durch die Aufsichtsbehörde. Wird dabei eine Abänderung angeordnet, so muss der abgeänderte Kollokationsplan neuerdings aufgelegt und den Beteiligten gemäss B 147 zur Kenntnis gebracht werden.[35]) Dabei kann allerdings das Betreibungsamt nach der allgemeinen Regel vor Ablauf der Beschwerdefrist von sich aus die nötigen Änderungen am Kollokationsplan anbringen und hierauf den letztern unter Kenntnisgabe an die Beteiligten neu auflegen (vergl. § 9 hievor, Note 3).[36])

Wird die Beschwerde bloss durch einen von mehreren beteiligten Gläubigern erhoben und siegreich durchgeführt, so kommt das materielle Ergebnis derselben nicht bloss dem Beschwerdeführer allein, sondern allen Beteiligten zu gute (vergl. § 9 IX, hievor in fine).[37])

---

[34]) Hieher gehört auch der Fall, wo der Gläubiger eine Anweisung seiner eigenen Forderung in einem höhern Betrag aus dem Grunde verlangt, weil er einen Prozess gemäss B 107, 109, 111 siegreich durchgeführt hat und nun auf den Prozessgewinn bis zur vollständigen Befriedigung Anspruch erhebt; vergl. § 32, III, Ziff. 3, lit. a und § 33, III, Ziff. 5, lit. b hievor und dazu BE XXVIII (1,) 88, XXX (1), 67, XXXI (1), 30.

[35]) Ebenso Jaeger, Art. 146, N. 2; A V, 123.

[36]) Ebenso Jaeger, Art. 147, N. 1; Reichel, Art. 148, N. 7.

[37]) Ebenso A VII, 21, XI, 66, 77.

6. Die gerichtliche Klage auf Anfechtung des Kollokationsplanes ist eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materiellrechtliche Verhältnis (vergl. § 10, II, Ziff. 3 hievor). Ihr Zweck besteht an und für sich ausschliesslich in der Herbeiführung einer Abänderung des Kollokationsplanes, also in einer Wirkung durchaus betreibungsrechtlicher Natur. Die Grundlagen dagegen, auf welchen dieser Zweck erreicht werden soll, sind materiellrechtlicher Natur. Der Kollokationsplan wird hier — im Gegensatz zu den unter Ziff. 5 aufgezählten Fällen — nicht angefochten, weil bei seiner Aufstellung irgendwelche betreibungsrechtliche Vorschriften verletzt wurden, sondern weil die angewiesene Forderung zivilrechtlich nicht besteht, oder aber ihrer zivilrechtlichen Natur nach einen andern Rang einzunehmen hat, als den ihr im Kollokationsplan angewiesenen.

a. Die Voraussetzungen der Klage charakterisieren sich deshalb nach zwei Richtungen hin:

aa. Die Klage ist gegeben, wenn einer der beteiligten Gläubiger behauptet, dass die im Kollokationsplan aufgenommene Forderung eines Mitgläubigers nicht oder nicht im angewiesenen Betrag zu Recht bestehe und deshalb zu eliminieren sei.[38]) Wenn nämlich der erzielte Erlös nicht hinreicht, die sämtlichen in Betreibung liegenden Forderungen zu decken, so darf keinem Gläubiger zugemutet werden, mit einer unvollständigen Befriedigung deshalb vorlieb zu nehmen, weil an der Verteilung auch solche Forderungen partizipieren, welche zwar materiellrechtlich nicht begründet sind, jedoch vom betriebenen Schuldner nicht bestritten wurden.[39])

---

[38]) Ebenso Jaeger, Art. 148, N. 4. Dies wurde deutlich ausgedrückt in Art. 158, Al. 1 des bundesrätlichen Entwurfes (vergl. oben Note 29).

[39]) Die Klage trägt also hier gewissermassen den Charakter einer Anfechtungsklage gemäss B 285 ff. Sie ist jedoch ausgeschlossen, wenn der betreffende Anspruch im hängigen Betreibungsverfahren bereits gerichtlich festgestellt wurde infolge einer Klage gemäss B 107, 111, Al. 3, 140, Al. 2; ebenso dann, wenn die betreffende Forderung in einem rechtskräftig gewordenen Lastenver-

Umgekehrt aber kann nicht etwa ein Gläubiger, dessen Forderung nicht oder nicht im vollen Betrag oder nicht im gewünschten Range kolloziert wurde, die Klage gemäss B 148, Al. 1 erheben, da es sich hier um eine betreibungsrechtlich anfechtbare Verfügung des Betreibungsbeamten und nicht um eine zivilrechtliche Streitfrage handelt (vergl. oben Ziff. 5 lit. a, cc).[40])

bb. Durch Klage gemäss B 148, Al. 1 ist aber auch der Rang anzufechten, welcher einem vom Anfechtenden verschiedenen Beteiligten im Kollokationsplan angewiesen wird, indem auch hier die sub aa geäusserte Ueberlegung Platz greift.[41])

b. Die Legitimation zur Klage wird in B 148, Al. 1 folgendermassen umschrieben: «Jeder Gläubiger kann den Kollokationsplan binnen zehn Tagen nach Empfang des Auszuges durch Klage gegen die Beteiligten beim Gericht des Betreibungsortes anfechten».

aa. Aktiv legitimiert ist jeder Gläubiger. Immerhin liegt es in der Natur der Sache, dass darunter nur solche Gläubiger zu verstehen sind, welche an der Verteilung überhaupt partizipieren, also einerseits die betreibenden Gläubiger der betreffenden Gruppe,[42]) andererseits die auf den Erlös mit-

---

zeichnis gemäss B 140, Al. 1 steht, sofern nicht etwa seinerzeit unterlassen wurde, dem nun den Kollokationsplan anfechtenden Gläubiger gemäss B 140, Al. 2 Gelegenheit zur Anfechtung des Lastenverzeichnisses zu geben (vergl. § 36, hievor, Note 31).

[40]) Ebenso Jaeger, Art. 138, N. 4; BE XXX (1), 67, sowie die oben in Note 30 zitierten Entscheide. Die frühere bernische Praxis wollte die Anfechtung des eigenen Ranges des Anfechtenden ebenfalls auf den Klageweg gemäss B 148, Al. 1 verweisen; vergl. Monatsblatt für bernische Rechtssprechung XI, S. 302, 303, XII, 367, XV 103; nicht ganz klar Reichel, Art 148, N. 3.

[41]) Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um den Rang eines betreibenden Gläubigers oder um denjenigen eines am Erlös partizipierenden Pfandgläubigers handelt, da auch über den letztern im Kollokationsprozess und nicht etwa bei Aufstellung des Lastenverzeichnisses gemäss B 140 entschieden wird; vergl. BE XXVII (1) 109, XXXIII (1), 27, sowie § 36 hievor Note, 32.

[42]) Gläubiger einer nachfolgenden Gruppe sind auch dann nicht legitimiert, wenn für sie der Mehrlös gepfändet wurde; vergl. BE XXIV (1), 63, XXVIII (1), 67, XXIX (1), 116; Jaeger, Art. 148, N. 1.

angewiesenen Pfandgläubiger.[43]) Unter keinen Umständen ist hier — im Gegensatz zur Anfechtung auf dem Beschwerdewege (vergl. oben Ziff. 5) — der Schuldner legitimiert, da für ihn hier weder ein betreibungsrechtliches noch auch ein zivilrechtliches Interesse in Frage steht.[44])

bb. Passiv legitimiert sind gemäss B 148, Al. 1 die «Beteiligten». Beteiligt sind dabei alle diejenigen Gläubiger, deren eigene Kollokation durch den Zuspruch der Klage berührt würde.

c. Da es sich im vorliegenden Fall um eine betreibungsrechtliche Streitigkeit handelt, so muss sich der Streitwert nach dem Betrag der zahlenmässigen Wirkung richten, welche die Klage auf das Betreibungsergebnis ausüben soll. Er wird somit nicht etwa schlechtweg nach der Höhe derjenigen Forderung berechnet, deren Kollokation bestritten, sondern nach demjenigen Betrag, welcher bei Zuspruch der Klage für die Verteilung freigegeben wird. Wird also die Forderung eines Gläubigers ihrem Bestande nach ganz oder teilweise angefochten, so beträgt der Streitwert so viel, als nach dem aufgestellten Kollokationsplan auf die angefochtene Forderung bezw. den angefochtenen Bestandteil derselben entfallen würde. Wird dagegen ein im Kollokationsplan festgestelltes Rangverhältnis angefochten, so wird der Streitwert gebildet durch die Differenz zwischen demjenigen Betrag, welcher nach der im Kollokationsplan vorgesehenen Rangordnung, und demjenigen, welcher nach dem vom Kläger der betreffenden Forderung zuerkannten Rang auf die erstere entfallen würde.[45])

d. Als Gerichtsstand der Klage kann — ebenfalls mit Rücksicht auf ihre betreibungsrechtliche Natur — nur der Betreibungsort in Frage kommen (B 148, Al. 1). Dies ist

[43]) Ebenso im Prinzip Jaeger, Art. 148, N. 1; dagegen Reichel, Art. 148, N. 1.

[44]) Ebenso BE XXIII, 57; Jaeger, Art. 148, N. 1. Der Schuldner kann lediglich die Schlussrechnung und die Verteilungsliste durch Beschwerde anfechten; vergl. A VI, 16.

[45]) In diesem Sinne auch BE XXX (2), 43, XXXI (2) 107 und wohl auch Jaeger, Art. 148, N. 4.

der Fall ohne Rücksicht auf die durch die Klage reflexiv berührten Rechtsverhältnisse.[46])

e. Hinsichtlich des Prozessverfahrens ergeben sich aus B 148 verschiedene Besonderheiten:

aa. Der Prozess wird im beschleunigten Verfahren geführt (B 148, Al. 2; vergl. § 11, II, Ziff. 2 hievor). Die Berufung an das Bundesgericht ist gegeben, sobald die in OG 56 ff. vorgesehenen Requisite vorhanden sind (OG 63; vergl. § 11, III, Ziff. 1 hiervor).

bb. Die Klageerhebung ist gesetzlich befristet. Sie kann nur binnen zehn Tagen nach Empfang des durch B 147 vorgesehenen Auszuges aus dem Kollokationsplan erfolgen (B 148, Al. 1). Diese Frist gehört zu den eigentlichen betreibungsrechtlichen Befristungen (vergl. § 18, I, Ziff. 4 hievor). Die Klage kann daher in gültiger Weise nur so lange angebracht werden, als die Frist nicht abgelaufen ist. Die Einhaltung der letzteren ist vom Richter als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen.[47])

cc. Die Wirkung der Klageerhebung besteht — trotz dem Schweigen des Gesetzes — in einer Hemmung des Verteilungsverfahrens Es darf eben zur Verteilung so lange nicht geschritten werden, als der Kollokationsplan nicht rechtskräftig geworden ist.[48])

dd. Die Wirkung des Urteils kann sich, da unter den verschiedenen an der Kollokation teilnehmenden Gläubigern eine Gemeinschaft nicht besteht, nur unter den prozessführenden Parteien äussern, nicht aber hinsichtlich derjenigen Gläubiger, welche am Prozesse nicht beteiligt waren. Dies rechtfertigt sich einerseits in formeller Beziehung gestützt auf die in B 148, Al. 1 enthaltene Befristung des dem einzelnen Gläubiger eingeräumten Anfechtungsrechtes; anderseits aber deshalb, weil ja im vorliegenden Prozess nicht über den materiell-

---

[46]) Also auch dann, wenn der Rang eines beteiligten Grundpfandgläubigers angefochten wird. A. M. Jaeger, Art. 148, N. 5.

[47]) Ebenso Jaeger, Art. 148, N. 3; Reichel, Art. 148, N. 2.

[48]) Dabei haben aber die Vollstreckungsbehörden zu prüfen, ob sich eine erhobene Klage als eine solche im Sinne von B 148, Al. 1 charakterisiert oder nicht; vergl. BE XXIX (1), 116.

rechtlichen Bestand der Forderung als solchen, sondern lediglich über die Zulässigkeit ihrer Befriedigung aus dem Verwertungserlös gestritten wird. Der betriebene Schuldner seinerseits hat die Zulässigkeit dieser Befriedigung entweder stillschweigend — durch Nichterhebung des Rechtsvorschlages — anerkannt, oder sie ist ihm gegenüber gemäss B 79, 80, 82, 83, 106, 140 gerichtlich festgestellt worden. In Frage stehen also nur noch die Interessen der an der Verteilung beteiligten Gläubiger. Dass aber für diese Interessen durch jeden beteiligten Gläubiger selber zu sorgen ist, geht aus der Fassung der Vorschrift in B 148, Al. 1 hervor, indem dort das Klagerecht für jeden Gläubiger einzeln vorgesehen wird.[48]) Hieraus ergibt sich aber logischerweise ferner, dass der Prozessgewinn, d. h. der Betrag, um welchen die Zuteilung an den Beklagten infolge des Urteils herabgesetzt wird, in erster Linie auf die Forderung des Klägers bis zu ihrer vollständigen Deckung entfällt.[49]) Dagegen dürfen aus diesem Ergebnis nicht etwa auch die Prozesskosten des Klägers gedeckt werden, da ihm dieselben ja nicht vom betriebenen Schuldner, sondern vom unterlegenen Prozessgegner geschuldet werden.[50]) Ein Ueberschuss über den zur Deckung der Forderung des anfechtenden Gläubigers nötigen Betrag hinaus kommt nicht etwa den nicht anfechtenden Gläubigern zu gute, sondern er verbleibt dem unterlegenen Anfechtungsbeklagten, da dessen Forderung ja weder vom Schuldner noch von den genannten Gläubigern bestritten ist.[51])

---

[48]) In diesem Sinne auch BE XXX (1), 67 und Reichel, Art. 148, N. 4; dagegen Jaeger; Art. 148, N. 4. Anders verhält es sich bei der Anfechtung des Kollokationsplanes im Konkurs (B 250, Al. 3) und ebenso bei der Anfechtung der Verteilungsliste auf dem Beschwerdewege; vergl. BE XXIX (1), 25, sowie oben Ziff. 5, lit. c.

[49]) Ebenso Jaeger, Art. 148, N. 4; Reichel, Art. 148, N. 4; BE XXIV (1), 21, XXXI (1), 25.

[50]) Ebenso Reichel, Art. 148, N. 4; dagegen Jaeger, Art. 148, N. 4, sowie BE XXIV (1), 21.

[51]) Ebenso BE XXXI (1), 25.

Die durch das Urteil getroffene Gestaltung des Kollokationsplanes ist für die Vollziehungsbehörden schlechtweg massgebend.[52])

IV. Der Verlustschein.[53])

Jeder an der Pfändung teilnehmende Gläubiger erhält für den ungedeckt bleibenden Betrag seiner Forderung einen Verlustschein (B 149, Al. 1).

1. Seiner rechtlichen Natur nach stellt der Verlustschein eine vom Betreibungsamt ausgestellte öffentliche Urkunde dar, durch welche bescheinigt wird, dass ein bestimmter Gläubiger in dem betreffenden Betreibungsverfahren für seine Forderung nicht oder nicht vollständig gedeckt wurde. Der Verlustschein ist somit eine spezifisch betreibungsrechtliche Institution und kann deshalb in seinen Wirkungen nicht durch andere Urkunden ersetzt werden, auch wenn dieselben einen analogen Inhalt haben sollten.[54])

Dagegen sieht das Gesetz zwei Surrogate des Verlustscheines vor, welche in grösserem oder geringerem Umfange die nämlichen Wirkungen ausüben:

a. Die Pfändungsurkunde bildet, sofern kein pfändbares Vermögen vorgefunden wurde, schlechtweg einen Verlustschein und äussert demnach die diesem zukommenden Wirkungen (B 115, Al. 1; vergl. § 30, VI, Ziff. 4, lit. c, aa hievor).

b. War kein genügendes Vermögen vorhanden, so dient die Pfändungsurkunde dem Gläubiger als sog. provisorischer Verlustschein. Derselbe bleibt so lange in Kraft, bis die Betreibung vollständig durchge-

[52]) Das Gleiche ist aber auch dann der Fall, wenn der Kollokationsplan infolge Nichtanfechtung Rechtskraft erhielt; vergl. BE XXX (1), 67, Jaeger, Art. 148, N. 4. Der rechtskräftige Kollokationsplan kann deshalb nicht etwa indirekt durch Anfechtung der Verteilungsliste auf dem Beschwerdeweg abgeändert werden; vergl. A VII, 25.

[53]) Lit.: Leemann, Der schweiz. Verlustschein; Bern, 1907.

[54]) Wie z. B. auf Grund des ausländischen Rechtes ausgestellte Bescheinigungen. Richtig Jaeger, Art. 149, N. 3; A IV, 7 (Baselstadt); dagegen Schmitt und Brüstlein, ibidem.



führt und ein definitiver Verlustschein ausgestellt ist. Inzwischen äussert er gewisse — nicht sämtliche — Wirkungen, die dem definitiven Verlustschein zukommen (B 115, Al. 2; vergl. § 30, VI, Ziff. 4, lit. c, bb), sowie unten Ziff. 5).[55])

2. Die Voraussetzungen des Verlustscheines sind durchaus betreibungsrechtlicher Natur:

a. Der Verlustschein wird nur einem an der Pfändung teilnehmenden Gläubiger ausgestellt (B 149, Al. 1). Ausgeschlossen sind also a priori die an der Verteilung des Verwertungserlöses partizipierenden Pfandgläubiger.[56])

b. Das Betreibungs- und namentlich das Verwertungsverfahren muss vollständig durchgeführt sein, sofern sich nicht von vorneherein die Resultatlosigkeit des letztern ergibt und Schuldner und Gläubiger gemeinsam auf seine vollständige Durchführung verzichten.[57]) Das letztere Erfordernis entfällt natürlich dann, wenn nur Barschaft gepfändet war.[58])

c. Der betreibende Gläubiger muss für seine Forderung nicht oder nicht völlig gedeckt sein. Zu dieser Forderung gehören auch Zinsen und Kosten, soweit der Gläubiger nach Gesetz einen Anpsruch auf Rück-

---

[55]) Dazu Leemann, S. 72 ff.

[56]) Jaeger, Art. 149, N. 1 will in diesem Falle einen Pfandausfallschein gemäss B 158, Al. 1 ausstellen lassen; Leemann dagegen nur eine blosse Bescheinigung des dahingefallenen Pfandrechtes, welche nicht zur Anhebung der Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs ohne Zahlungsbefehl gemäss B 158, Al. 3 berechtigt. Die letztere Meinung ist zutreffend.

[57]) BE XXX (1), 126 will dabei nur die Zustimmung der Gläubiger, nicht aber diejenige des Schuldners verlangen. Dagegen ist aber zu bemerken, dass auch der Schuldner ein Interesse an der Durchführung des Verfahrens besitzen kann. Richtig Leemann, S. 18.

[58]) Vergl. A IX, 98. Dagegen nicht etwa, sofern die Betreibung wegen unbekannten Aufenthaltsortes des Schuldners nicht durchgeführt werden konnte; vergl. A V, 69.

erstattung der letztern hat. Ein wie grosser Betrag ungedeckt bleibt, ist unerheblich.[59])

3. Der Inhalt des Verlustscheines besteht in einer genauen Angabe des Gläubigers, des Schuldners, der in Betreibung gesetzten Forderung, sowie des davon gedeckten und des ungedeckten Betrages. Verordnung Nr. 1, Art. 22 sieht ein amtliches Formular für den Verlustschein vor. Keine besondere Urkunde wird ausgestellt in den beiden Fällen gemäss B 115 (vergl. oben, Ziff. 1), da hier die Pfändungsurkunde selbst den Verlustschein darstellt.

4. Die Ausstellung des Verlustscheines geschieht von Amtes wegen, ohne dass es dazu eines Antrages seitens des betreibenden Gläubigers bedarf. Den Zeitpunkt der Ausstellung bildet die Beendigung der Verwertung, d. h. der Moment, in welchem feststeht, dass die Forderung ganz oder teilweise ungedeckt bleibt. Die Einhaltung dieses Zeitpunktes ist aber für die Gültigkeit des Verlustscheines unerheblich. Der Gläubiger, welcher keinen Verlustschein erhielt, kann die Ausstellung eines solchen auf Grund der Protokolle des Betreibungsamtes jederzeit verlangen.[60])

5. Die Wirkungen des Verlustscheines machen sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

a. Der Verlustschein gilt als Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 B.

Diese Äusserung des Verlustscheines trägt rein betreibungsrechtlichen Charakter. Ihr Sinn ist nicht der, dass der Verlustschein eine Schuldanerkennung bildet, also ein Beweismittel für das Vorhandensein der Schuld

[59]) Leemann, S. 19 nimmt mit Recht an, dass nach Durchführung einer Arrestbetreibung für den ungedeckt gebliebenen Betrag kein Verlustschein auszustellen sei, da es sich hier um keine eigentliche Betreibung auf Pfändung, sondern um eine Exekution in von vorneherein bestimmte Vermögensstücke des Schuldners handelt. Ebenso BE XXXI (1), 70, XXXIV (1), 66.

[60]) Ebenso Leemann, S. 31. Für einen verloren gegangenen Verlustschein kann der Gläubiger jederzeit und ohne vorherige Amortisation die Ausstellung eines Duplikates verlangen; vergl. A VIII, 70.



darstellt.[61]) Er äussert vielmehr einfach bestimmte betreibungsrechtliche Wirkungen, wie sie B 82 auch einer Schuldanerkennung beilegt.[62])

Infolgedessen setzt der Verlustschein den Gläubiger im Falle einer neuen Betreibung in Stand, gegenüber einem vom Schuldner erhobenen Rechtsvorschlag provisorische Rechtsöffnung gemäss B 82 zu verlangen (vergl. § 27, II, Ziff. 2, lit. c hievor). Diese Wirkung äussert aber lediglich der definitive Verlustschein, gemäss B 149, bezw. 115, Al. 1, nicht dagegen der provisorische Verlustschein, gemäss B 115, Al. 2, für welchen das Gesetz die Präsumtion einer Schuldanerkennung nicht aufstellt.

b. Der Besitz eines Verlustscheines — und zwar sowohl des definitiven als des provisorischen — gewährt dem Gläubiger die in B 271, Ziff. 5 erwähnten Rechte (B 149, Al. 2). Er stellt also einen Arrestgrund dar, d. h. es können gestützt darauf für eine verfallene Forderung, so weit sie nicht durch Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners mit Arrest belegt werden.

c. Der Besitz eines definitiven oder provisorischen Verlustscheines begründet laut B 149, Al. 2 für den Gläubiger die Aktivlegitimation zur Anhebung der Anfechtungsklage gemäss B 285 ff., solange nicht der Konkurs über den Schuldner ausgebrochen ist.[63])

d. Eine weitere Wirkung des definitiven — nicht aber des provisorischen — Verlustscheines besteht darin, dass der Gläubiger während sechs Monaten nach Zustellung des Verlustscheines ohne neuen Zahlungsbefehl

---

[61]) Vergl. BE XXV (1), 32, XXVI (2), 62, XXVIII (2), 67. Damit ist zugleich auch gesagt, dass die Ausstellung eines Verlustscheines keine Novation der Forderung in sich schliesst, so dass sich der Gläubiger nach wie vor jederzeit — zivilrechtlich und betreibungsrechtlich — auf seinen ursprünglichen Forderungstitel berufen kann (vergl. § 27 hievor, Note 10a, sowie Leemann, S. 22 ff. und die dort zitierte Judikatur). Unrichtig A IV, 85 (Genf).

[62]) Die Präsumtion als Schuldanerkennung hat eigentlich keinen praktischen Wert, da ja B 149, Al. 1 die Wirkungen des Verlustscheines sowieso feststellt.

[63]) Vergl. Leemann, S. 40 ff.

die Betreibung fortsetzen kann (B 149, Al. 3).[64]) Die Frist beginnt mit der Zustellung des Verlustscheines an den Gläubiger.[65]) Sie stellt eine eigentliche betreibungsrechtliche Befristung dar (vergl. § 18, I, Ziff. 4 hievor). Mit ihrem Ablauf fällt das in B 149, Al. 3 dem Gläubiger verliehene Recht dahin.

Trotzdem B 149, Al. 3 von einer Fortsetzung der Betreibung spricht, so muss doch das hier vorgesehene Verfahren als eine neue Betreibung betrachtet werden, da die erste durch den Verlustschein nach Massgabe des Gesetzes abgeschlossen wurde.[66]) Hieraus ergeben sich folgende praktisch wichtige Schlussfolgerungen:

aa. Wenn der Schuldner seit Ausstellung des Verlustscheines im Handelsregister eingetragen wurde, kann der Gläubiger nicht gestützt auf B 149, Al. 3 nochmals Pfändung verlangen, sondern lediglich Konkursandrohung (B 39, 159; vergl. § 15, IV, Ziff. 2 hievor).

bb. Kann das Pfändungsbegehren gestützt auf B 149, Al. 3 gestellt werden, so findet auch ein Anschluss an eine bereits bestehende Pfändung gemäss B 110 statt.[67])

e. Im Gegensatz zu der bisher aufgezählten rein betreibungsrechtlichen, ist die in B 149, Al. 4 dem Verlustschein zugeteilte Wirkung zivilrechtlicher Natur. Sie besteht darin, dass der Schuldner für die durch den

---

[64]) Diese Wirkung tritt aber nur einmal ein. Wird also in der gestützt auf B 149, Al. 3 fortgesetzten Betreibung nochmals ein Verlustschein ausgestellt, so kann nicht gestützt hierauf zum dritten Mal ohne vorgängigen Zahlungsbefehl Pfändung verlangt werden; vergl. BE XXII, 43, XXIV (1), 109.

[65]) Ist eine Zustellung des Verlustscheines auf Veranlassung oder durch die Schuld des Gläubigers selbst unterblieben, so fällt der Beginn der Frist mit dem Moment der Kenntnisnahme des Gläubigers vom Ergebnis der Betreibung zusammen; vergl. BE XXV (1), 26. Die neuere Praxis nimmt eine solche Mitschuld des Gläubigers an der Nichtausstellung schon dann an, wenn er gemäss B 147 von einem ungenügenden Ergebnis der Verwertung benachrichtigt wurde und die unterlassene Ausstellung eines Verlustscheines nicht rügte; vergl. BE XXXIII (1), 105, A XI, 121.

[66]) Ebenso Jaeger, Art. 149, N. 7; Leemann, S. 49 ff.

[67]) Vergl. auch Jaeger, Art. 149, N. 7.

Verlustschein verurkundete Forderung keine Zinsen zu bezahlen hat. Mitschuldner, Bürgen und sonstige Rückgriffsberechtigte, welche an Schuldners Statt Zinsen bezahlen müssen, können ihn nicht zum Ersatze derselben anhalten. Diese Befreiung von der Pflicht zur Zinszahlung, welche immer nur beim definitiven, niemals aber beim provisorischen Verlustschein eintritt, ist eine höchst persönliche. Rechtsnachfolger des Schuldners können sie ebensowenig wie seine Mitverpflichteten anrufen.[68])

f. Ebenfalls zivilrechtlicher Natur ist endlich auch die Unverjährbarkeit, welche einer durch definitiven — nicht aber durch provisorischen — Verlustschein verurkundeten Forderung anhaftet. Die Forderung ist nämlich gemäss B 149, Al. 5 gegenüber dem Schuldner unverjährbar. Die Unverjährbarkeit besteht also niemals gegenüber seinen Mitschuldnern und Bürgen oder gegenüber solchen Rechtsnachfolgern, welche kraft Novation in das Schuldverhältnis eintreten.[69]) Gegenüber den Erben des betriebenen Schuldners verjährt die Forderung, wenn der Gläubiger unterlässt, seine Forderung innerhalb eines Jahres nach dem Erbschaftsantritt geltend zu machen (B 149, Al. 5).[70])

[68]) Ebenso Leemann, S. 56.

[69]) Ebense BE XXIX (2), 30; vergl. Leemann, S. 61 ff.

[70]) Aus dem Wortlaut in B 149, Al. 5 zieht Leemann, S. 63 ff den Schluss, es handle sich hier nicht um eine Verjährung, sondern um eine Verwirkung. Nach den Merkmalen, welche die Doktrin für das Vorhandensein einer Verwirkung im juristisch-technischen Sinn aufgestellt und die auch Leemann (S. 64) akzeptiert hat, käme allerdings a priori nicht sowohl die Verwirkung, als vielmehr die gesetzliche Befristung in Betracht (vergl. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten nach modernen Gesetzen; spez. S. 5 ff., 45 ff., 75 ff.). Wir würden aber auch eine Befristung hier nicht als vorhanden annehmen, sondern betrachten die Bestimmung als eine gewöhnliche Verjährungsvorschrift. Nicht nur braucht der Gesetzgeber selbst den Ausdruck Verjährung, sondern er stellt auch dem Gläubiger die Art und Weise der Geltendmachung seiner Forderung vollständig frei, was bei der gesetzlichen Befristung nicht zu geschehen pflegt (vergl. z. B. B 86, Al. 1 und dazu § 18, I, Ziff. 5, lit. b hievor). Die Streitfrage ist von praktischer Bedeutung. Läge

g. Eine weitere Wirkung der Ausstellung des Verlustscheines, deren Statuierung jedoch dem kantonalen Recht, und zwar in fakultativer Weise, überlassen ist, stellen die sogenannten öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung dar (B 26; vergl. § 21, III hievor). Auch sie sind aber bei einem bloss provisorischen Verlustschein gemäss B 115, Al. 2 ausgeschlossen.[71])

h. Indirekte Folgen der Ausstellung eines Verlustscheines sieht die Zivilgesetzgebung vor im ehelichen Güterrecht (ZGB 182, Al. 2, 185, 234), im Erbrecht (ZGB 480, Al. 1, 524), beim Schenkungsvertrag (OR 273n, ZGBE 59), im Versicherungsrecht (Bundesgesetz vom 2. April 1908, betr. den Versicherungsvertrag, Art. 81).

V. Die Quittierung der Forderungstitel.

Der Zweck der betreibungsrechtlichen Vollstreckung ist die Deckung des Gläubigers für seine Forderung. Führt deshalb die erstere ganz oder teilweise zum Ziel, so erlischt im gleichen Verhältnis die in Betreibung gesetzte Forderung. Da der Betreibungsbeamte bei der Durchführung des Verfahrens die Interessen des Gläubigers und des Schuldners in gleicher Weise zu wahren hat, so liegt ihm bei eingetretener Deckung auch die Sorge für eine entsprechende Quittierung ob.

Sofern die Forderung eines Gläubigers vollständig gedeckt wird, hat derselbe die Forderungsurkunde zu quittieren und dem Betreibungsbeamten zu Handen des Schuldners herauszugeben (B 150, Al. 1).[72])

Die Bestimmung betreffend Herausgabe der quittierten Forderungsurkunde konnte bisher in Kollision geraten mit

nämlich wirklich eine gesetzliche Befristung vor, so wäre ihr Ablauf im Prozess von Amtes wegen zu berücksichtigen, und es könnte seine Wirkung weder durch vertragliche Abmachung noch auch durch Verzicht des Beklagten aufgehoben werden. Ebenso könnte ein Stillstand oder eine Unterbrechung der Frist (OR 153, 154) nicht stattfinden (vergl. Blumenstein, a. a. O., S. 83 ff.). Für alle diese Besonderheiten scheint mir in casu ein Grund nicht vorzuliegen.

[71]) Vergl. BE XXVI (1), 40.

[72]) Ueber den Begriff der Forderungsurkunde vergl. BE XXII, 44.

den sachenrechtlichen Vorschriften einiger Kantone, welche abbezahlte Hypothekartitel nicht dem Schuldner herausgeben, sondern durch den Grundbuchbeamten entkräften, bezw. vernichten lassen.[73]) Mit Rücksicht hierauf schreibt B 150, Al. 1 in seiner gegenwärtigen Fassung vor: «Vorbehalten bleibt das kantonale Recht bezüglich der Entkräftung von Hypothekartiteln». Da eine solche Entkräftung in ZGB nicht vorgesehen ist, enthält auch die neue Fassung von B 150, Al. 1 (ZGBE 60) keinen entsprechenden Vorbehalt mehr. Dagegen hat sowohl unter dem jetzigen als auch unter dem künftigen Recht bei Liegenschaftsverwertungen der Betreibungsbeamte in Betreff der Dienstbarkeiten, Grundlasten und Grundpfandrechte die erforderlichen Tilgungen und Umschreibungen im Grundbuch zu veranlassen (B 150, Al. 3; ZGBE 60, vergl. § 36, IV hievor).

Wird eine Forderung nur teilweise gedeckt, so behält der Gläubiger die Urkunde; das Betreibungsamt hat auf derselben zu bescheinigen oder durch die zuständige Beamtung bescheinigen zu lassen, für welchen Betrag die Forderung noch zu Recht besteht (B 150, Al. 2).

VI. Kapitel.

Die Betreibung auf Pfandverwertung.

§ 38.

Begriff, Voraussetzungen und rechtliche Natur.

I. Der Begriff.

Die Betreibung auf Pfandverwertung bildet, wie die Betreibung auf Pfändung, eine Art der Zwangsvollstreckung, welche auf dem Grundsatz der Spezialexekution beruht. Sie unterscheidet sich aber von der Betreibung auf Pfändung dadurch, dass die zur Befriedigung der Gläubiger zu verwertenden Gegenstände nicht erst durch eine betreibungsrechtliche Beschlagnahmung festgestellt werden müssen, sondern durch eine vor und ausserhalb der Zwangsvoll-

[73]) Vergl. Reichel, Art. 150, N. 1, wo die einschlägigen Rechte aufgezählt werden; dazu Brand und Wasem, S. 333 ff.

streckung liegende, rechtlich relevante Tatsache bestimmt sind.

1. Die Aufgabe dieser Zwangsvollstreckungsart beruht demnach lediglich in der amtlichen Realisierung eines an bestimmten Gegenständen zur Sicherung einer Forderung auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung bestehenden dinglichen Rechtes.

Dabei liegt es regelmässig nicht im Belieben des Gläubigers, ob er zu seiner Deckung die Realisierung des dinglichen Rechtes verlangen, oder sich auf dem Wege der gewöhnlichen, gegen den betreffenden Schuldner anwendbaren Art der Betreibung bezahlt machen will. Vielmehr besitzt auch der Schuldner, welcher für eine Schuld ein Pfand bestellt hat, Anspruch darauf, dass die Betreibung in erster Linie auf Realisierung des dinglichen Rechtes geht, und er kann sich auf dem Beschwerdeweg jeder andern Betreibungsart widersetzen (vergl. § 14, III, Ziff. 1, lit. a hievor, speziell Note 24).[1]) Der Schuldner kann aber auf dieses Recht auch ausdrücklich oder stillschweigend verzichten.[2])

2. Das Verfahren dieser Zwangsvollstreckungsart lehnt sich eng an dasjenige der Betreibung auf Pfändung an; nur fällt hier, weil die zu verwertenden Gegenstände von vornherein bestimmt sind, das Pfändungsstadium der Natur der Sache nach weg. In Betracht kommen deshalb nur die Verwertung einerseits und die Verteilung des Erlöses andererseits.

II. Die Voraussetzungen.

Mit Rücksicht darauf, dass es sich bei der Betreibung auf Pfandverwertung um die betreibungsrechtliche Realisierung eines dinglichen Rechtes an bestimmten Sachen

---

[1]) Der Schuldner hat dies Recht auch dann, wenn er nicht mehr Eigentümer des Pfandes ist. Unrichtig A II, 140 (Bundesrat).

[2]) Streitig ist nur, ob ein solcher Verzicht schon vor Anhebung der Betreibung gültig erfolgen kann. Für Verneinung BE XXVII (1), 20. Jedenfalls kann umgekehrt der Betreibungsbeamte nicht Betreibung auf Pfandverwertung anheben, wenn die Forderung im Betreibungsbegehren nicht als pfandversichert bezeichnet ist; vergl. A I, 22, 23, III, 131.

handelt, machen sich die Voraussetzungen dieser Zwangsvollstreckungsart sowohl in materiellrechtlicher als auch in betreibungsrechtlicher Richtung geltend.

1. Materiellrechtliche Voraussetzung ist, dass die Betreibung für eine durch Faustpfand oder Grundpfand gesicherte Forderung angehoben wird (B 151, Al. 1).[3]) Das Gesetz bezeichnet auch genau, was es unter pfandversichert versteht (B 37; vergl. § 14, I, Ziff. 1, lit. b hievor).

a. Der Ausdruck Grundpfand einerseits umfasst gemäss B 37, Al. 1 (ZGBE 60):[4])

aa. Die Grundpfandverschreibung (ZGB 824 ff.);

bb. den Schuldbrief (ZGB 842 ff.);

cc. die Gült (ZGB 847 ff.);

dd. die Grundpfandrechte des bisherigen (kantonalen) Rechtes;[5])

ee. die Grundlast (ZGB 782 ff.);[6])

ff. jedes Vorzugsrecht auf bestimmte Liegenschaften, wozu alle Vorzugsrechte mit dinglichem Charakter zu rechnen sind, welche eine Geldleistung zum Gegenstande haben und durch die bisherige oder die neue Gesetzgebung geschaffen wurden, wie z. B. für Ansprüche der kantonalen

---

[3]) Selbstverständlich muss die pfandrechtliche Sicherung für den Anspruch gegenüber dem betriebenen Schuldner selbst bestehen. Es kann daher nicht etwa der Bürge für eine pfandversicherte Forderung im Wege der Betreibung auf Pfandverwertung belangt werden; vergl. BE XXIII, 169.

[4]) Nicht nach den Vorschriften gemäss B 151, sondern nach denjenigen des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1874 über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen werden Pfandobligationen exequiert, die auf einer Eisenbahn lasten (B 30, Ziff. 1; vergl. § 14, II, Ziff. 1, lit. a hievor).

[5]) Vergl. Huber: System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes, Bd. III, S. 425 ff. Gemäss ZGBE 33 können die kantonalen EG zum ZGB mit bundesrätlicher Genehmigung vorschreiben, dass im allgemeinen oder in bestimmter Beziehung eine Grundpfandart des bisherigen Rechtes einer solchen des neuen Rechtes gleichzuhalten sei.

[6]) Trotzdem das in ZGBE 60 nicht ausdrücklich betont wird, geniessen auch die unter den bisherigen kantonalen Rechten errichteten Grundlasten in Zukunft ebenfalls betreibungsrechtlichen Schutz. Es ergibt sich dies indirekt aus der Bestimmung in ZGBE 17, Al. 1.

Brandversicherungsanstalten, diejenigen aus Gewässerkorrektionen, für Vermessungswerke, Wasserversorgungen, Strassenbeleuchtung etc., soweit diese Vorzugsrechte nicht in einer der bestehenden Grundpfandrechtsformen oder als Grundlast konstituiert sind (vergl. auch ZGB 819);[7])

gg. das Pfandrecht an der Zugehör einer Liegenschaft (ZGB 805; vergl. OR 211, Al. 1 und 3).[8])

b. Der Ausdruck Faustpfand begreift gemäss B 37, Al. 2 (ZGBE 60) in sich:

aa. Das eigentliche Faustpfand oder Fahrnispfand (ZGB 884 ff.; OR 210 ff.);[9])

bb. die Viehverpfändung, und zwar sowohl die nach Massgabe des bisherigen kantonalen Rechtes — durch Eintragung in öffentliche Bücher — entstandene (OR 210, Al. 3), als auch diejenige gemäss ZGB 885;[10])

cc. das Retentionsrecht (ZGB 895 ff., speziell 898; OR 224 ff.; vergl. § 40 hienach);

dd. das Pfandrecht an Forderungen und andern Rechten (ZGB 899 ff.; OR 224 ff.).

2. Die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen der Betreibung auf Pfandverwertung machen sich — wie diejenigen der Betreibung auf Pfändung — nach zwei Richtungen hin geltend. Notwendig ist einerseits die voll-

---

[7]) Vergl. Huber, a. a. O., Bd. III, S. 430; Jaeger, Art. 37, N. 4; Reichel, Art. 37, N. 6. Mit Bezug auf die durch die bisherige Gesetzgebung zugelassenen Rechte gilt das oben in Note 6 hinsichtlich der Grundlast Gesagte.

[8]) Vergl. Huber, a. a. O., Bd. III, S. 27, 39 ff., 573; Jaeger, Art. 37, N. 5; Reichel, Art. 37, N. 7; Wieland: Kommentar zum Sachenrecht des ZGB, S. 311 ff.; Wäber: Die Pertinenz im modernen Recht, Diss. Bern, 1899, S. 168 ff. Das in Note 6 hinsichtlich der Grundlast Gesagte gilt hier in analoger Weise.

[9]) Eine besondere Art der Zwangsvollstreckung wird durch ZGB 910 vorgesehen und kann schon heute durch das kantonale Recht statuiert werden für die Realisierung von Pfandrechten von Pfandleihanstalten (B 45, ZGBE 60; vergl. § 14, II, Ziff. 2, lit. b hievor).

[10]) Auf die allfällig notwendig werdende betreibungsrechtliche Realisierung dieser Verpfändung wird schon bei der Errichtung formell Rücksicht genommen; vergl. ZGB 885, Al. 1, sowie unten III, Ziff. 1, lit. a.

ständige und erfolgreiche Durchführung des Einleitungsverfahrens und anderseits ein ausdrückliches Begehren des Gläubigers um Anhebung der eigentlichen Zwangsvollstreckung.

a. Im Einleitungsverfahren sind mit Rücksicht auf die Natur und die materiellrechtlichen Voraussetzungen dieser Zwangsvollstreckungsart einige Besonderheiten notwendig (vergl. § 39, I hienach). Als erfolgreich durchgeführt gilt das Einleitungsverfahren, sofern dem Schuldner ein Zahlungsbefehl zugestellt wurde, ohne dass er Rechtsvorschlag erhob, oder wenn ein erhobener Rechtsvorschlag auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise beseitigt wurde (vergl. § 24, V, Ziff. 1, sowie §§ 26 und 27 hievor).

b. Das Begehren um Anhebung der eigentlichen Zwangsvollstrekung fällt zusammen mit dem Begehren um Verwertung des Pfandgegenstandes (vergl. § 39, II, Ziff. 1 hienach).

III. Die rechtliche Natur.

Die Betreibung auf Pfandverwertung bildet eine betreibungsrechtliche Zwangsvollstreckung so gut wie jede andere der in B vorgesehenen Betreibungsarten. Deshalb sind sowohl ihre Äusserungen als auch ihre Wirkungen durchaus betreibungsrechtlicher Natur. Dies zeigt sich namentlich in Bezug auf die betreibungsamtliche Verwertung der Pfandsache, welche so wenig wie die Verwertung in der Betreibung auf Pfändung einen privatrechtlichen Verkauf, sondern vielmehr eine Veräusserung mit öffentlichrechtlichem Charakter darstellt (vergl. § 34, II, Ziff. 4 hievor).[11])

Abgesehen hievon können wir bei der Betreibung auf Pfandverwertung doch eine engere Verbindung mit dem materiellen Recht konstatieren als bei andern Betreibungsarten, was daher rührt, dass der Exekutionsgegenstand durch das materielle Recht selbst bezeichnet wird.

Dieser Umstand bewirkt denn auch, dass gewisse Wechselbeziehungen zwischen dem materiellen Rechtsver-

---

[11]) Vergl. dazu BE XXXI (2), 96.

hältnis und den betreibungsrechtlichen Wirkungen bestehen. Dieselben machen sich nach drei Richtungen hin geltend: Einmal können gewisse Einflüsse betreibungsrechtlicher Natur konstatiert werden, welche ausserhalb der Zwangsvollstreckung auf die Begründung und den Bestand des dinglichen Rechtes einwirken. Umgekehrt aber übt das materielle Recht bestimmte Wirkungen auf einzelne Äusserungen des Betreibungsverfahrens aus, und endlich resultiert daraus auch ein bestimmtes Verhältnis der Betreibung auf Pfandverwertung zu den übrigen Betreibungsarten.

1. Betreibungsrechtliche Einflüsse auf Begründung und Bestand des dinglichen Rechtes zeigen sich nach folgenden Richtungen hin:

a. Für die Entstehung gewisser pfandrechtlicher Verhaftungen ist eine Anzeige an das Betreibungsamt notwendig. Dies trifft zu bei der Viehverpfändung, worüber ZGB 885, Al 1 vorschreibt: «Zur Sicherung von Forderungen von Geldinstituten und Genossenschaften, die von der zuständigen Behörde ihres Wohnsitzkantons ermächtigt sind, solche Geschäfte abzuschliessen, kann ein Pfandrecht an Vieh ohne Übertragung des Besitzes bestellt werden, durch Eintragung in ein Verschreibungsprotokoll und Anzeige an das Betreibungsamt.»

b. Die Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung schafft insofern neue Pfandobjekte, als die von der Anhebung der Betreibung bis zur Verwertung eines Grundpfandes auflaufenden Miet- oder Pachtzinse ebenfalls grundpfändlich verhaftet werden (ZGB 806, Al. 1).[12] Das nämliche ist auch mit Bezug auf die natürlichen Früchte der Fall (B 94, Al. 3; ZGBE 60; vergl. § 31, IV, Ziff. 3, lit. b hievor). Hinsichtlich des Faustpfandes vergl. ZGB 892.

c. Das Betreibungsrecht sieht ausserhalb des eigentlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens bestimmte Massnahmen zur Aufrechterhaltung und Sicherung eines pfandrechtlichen Verhältnisses vor. Dies geschieht

[12]) Vergl. Wieland, Kommentar zum Sachenrecht, S. 315; Mettier, Die Pfandhaftung der Früchte eines Immobile, Diss. Zürich 1904, S. 98 ff.

mit Bezug auf das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters einer unbeweglichen Sache (B 283; vergl. § 41 hienach).

2. Einwirkungen des materiellen Rechtes auf einzelne Äusserungen des Betreibungsverfahrens ergeben sich nach folgenden Richtungen hin:

a. Schon aus der materiellrechtlichen Voraussetzung der Betreibung auf Pfandverwertung geht hervor, dass hier das materielle Recht den Umfang der Zulässigkeit dieser Betreibungsart regelt. Dies kann sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Beziehung geschehen.

aa. In zeitlicher Beziehung findet eine solche Regelung statt hinsichtlich der einzelnen Forderung aus einer Grundlast, indem das Grundstück für eine solche nur während drei Jahren seit ihrer Fälligkeit haftet (ZGB 791, Al. 2). Gleich verhält es sich mit dem gesetzlichen Pfandrecht für die einzelnen Annuitäten einer Forderung aus Bodenverbesserungen (ZGB 821, Al. 2).

bb. Eine Regelung in sachlicher Beziehung erfährt das Mass der Zulässigkeit einer Betreibung auf Pfandverwertung dadurch, dass ZGB 818 vorschreibt, für welche Posten das Grundpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit bietet (Kapitalforderung, Betreibungskosten, Verzugszinse und drei verfallene Jahreszinse).

b. Das materielle Recht stellt aber geradezu auch Vorschriften hinsichtlich der Durchführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens selbst auf. Diese Vorschriften beziehen sich einerseits auf die Anhebung der Betreibung und die Verwertung des Pfandes (ZGB 806, Al. 2, 816, Al. 3, 841, 898; B 153, Al. 3, ZGBE 60; vergl. § 39, I, Ziff. 2, lit. b, bb, II, Ziff. 3, lit. b hienach); anderteils auf die Verteilung des Erlöses (ZGB 817, 818, 893; vergl. § 39, III, Ziff. 2, lit. a hienach).

3. Das Verhältnis der Betreibung auf Pfandverwertung zu andern Zwangsvollstreckungsarten ist ein ausschliessendes. Für pfandversicherte Forderungen kann regelmässig nur Betreibung auf Pfandverwertung angehoben werden (B 41, Al. 1; vergl. oben I, Ziff. 1).

Eine Ausnahme macht das Gesetz nur bei der Wechselbetreibung und der Betreibung grundpfändlich versicherter Zinsen und Annuitäten (B 41, Al. 1 und 2, 177, Al. 1; vergl. § 14, III, Ziff. 2, lit. a hievor).

Das materielle Recht dehnt aber diese Ausschliesslichkeit der Betreibung auf Pfandverwertung auch nach einer andern Richtung hin aus, indem es die Verabredung verbietet, dass die Befriedigung des Gläubigers anstatt durch Pfandverwertung dadurch geschehen soll, dass demselben das Eigentum an der Pfandsache zufällt (Verbot des Verfallvertrages; ZGB 816, Al. 2, 894). Eine solche Abrede ist ungültig.[13])

§ 39.

Das Verfahren.

I. Besonderheiten im Einleitungsverfahren.

Das Einleitungsverfahren der Betreibung auf Pfandverwertung setzt sich — wie dasjenige der Betreibung auf Pfändung — zusammen aus dem Betreibungsbegehren des Gläubigers, der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner und gegebenenfalls der Beseitigung eines vom Schuldner gegenüber dem Zahlungsbefehl erhobenen Rechtsvorschlages.

1. Das Betreibungsbegehren richtet sich, was die Form, sowie die Art und Weise der Einreichung anbelangt, durchaus nach den allgemeinen Vorschriften (B 67, Al. 1 und 3; vergl. § 22, III hievor). Auch die allgemeinen Bestimmungen betreffend den Inhalt des Begehrens sind darauf anwendbar (B 67, Ziff. 1—4; vergl. § 22, II hievor). Die Natur der vorliegenden Betreibungsart erfordert aber noch eine Vermehrung des Inhaltes im Sinne einer Angabe des Pfandgegenstandes und des Eigentümers desselben. Wer für eine durch Faustpfand oder Grundpfand gesicherte Forderung Betreibung anhebt, hat im Betreibungsbegehren, ausser den in B 67 aufgezählten An-

[13]) Die bisherige Praxis liess aber eine Abrede zu, wonach der Gläubiger das Pfand auf privatem Wege verkaufen und sich aus dem Erlös decken soll; vergl. BE XXIV (2), 57 u. § 14 hievor, Note 23.

gaben, aufzuführen: Den Pfandgegenstand, sowie gegebenenfalls den Namen des Dritten, welcher das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat (B 67, Al. 2, 151, Al. 1).

a. Die Angabe des Pfandgegenstandes besteht in der Bezeichnung des letztern in einer Art und Weise, welche das Betreibungsamt in Stand setzt, sich desselben zum Zwecke der Verwertung zu bemächtigen[1]) und vorher den Schuldner genau davon in Kenntnis zu setzen, worauf die Betreibung gerichtet ist. Namentlich muss auch der Umfang genannt werden, in welchem die betreffende Sache als Pfand beansprucht wird. Nötig ist also beim Grundpfand auch die Angabe, ob gemäss B 94 (ZGBE 60) das Pfandrecht an den Früchten beansprucht wird (vergl. § 31, IV, Ziff. 3 lit. b hievor).[2]) Namentlich aber sind die sämtlichen als Pfand haftenden Gegenstände zu nennen, da es nicht im Belieben des Gläubigers steht, unter mehreren ihm haftenden Pfandgegenständen denjenigen auszuwählen, aus welchem er befriedigt sein will (vergl. auch unten II).[3])

Die Angaben, welche der Gläubiger in dieser Hinsicht macht, sind für den Betreibungsbeamten bindend. Er darf die Zwangsvollstreckung nicht auf einen weitern Kreis von Gegenständen ausdehnen, und ebensowenig darf er von sich aus einzelne Gegenstände von der Verwertung ausschliessen. Namentlich aber sind die Vorschriften in B 92 betreffend die Freilassung der Kompetenzstücke nicht anwendbar, da die letzteren gültig zum Pfand gegeben werden können und dadurch ihre Kompetenzqualität verlieren.[4]) Dagegen erstreckt sich das Retentionsrecht für Miet- und Pachtzinsforderungen nicht auf die Kompetenzstücke des Mieters, bezw. des Pächters (OR 294, Al. 2; vergl. § 40, I hienach).

[1]) Vergl. BE XXVIII (1), 52. Es genügt nicht, wenn anstatt einer Bezeichnung des Grundpfandes einfach die betreffende Grundbuchstelle angegeben wird, wo das Recht eingetragen ist.

[2]) Ebenso Jaeger, Art. 151, N. 5.

[3]) Ebenso Reichel, Art. 151, N. 5.

[4]) Ebenso Jaeger, Art. 148, N. 5; A II, 20, 50, IV, 81 (vergl. 31 hievor, Note 46).

b. Die Bezeichnung des Dritten, welcher das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand erworben hat, ist erforderlich, damit diesem Dritten gemäss B 153, Al. 2 von der Betreibung Kenntnis gegeben werden kann (vergl. unten Ziff. 2, lit. b).[5])

c. Ein Korrelat zu dieser Pflicht der Angabe eines allfälligen Dritteigentümers der Pfandsache bildet beim Faustpfand die Pflicht des Pfandgläubigers zur Benachrichtigung eines ihm im Range nachgehenden Pfandgläubigers. Ein Gläubiger, der auf Grund eines Faustpfandes betreibt, an welchem ein nachgehendes Pfandrecht eines Dritten besteht (OR 217), hat diesen letzteren von der Anhebung der Betreibung zu benachrichtigen (B 151, Al. 2). Dies ist notwendig mit Rücksicht auf die Bestimmung in OR 217, welche vorschreibt: «An einer Sache oder einer Forderung, welche bereits verpfändet ist, kann ein nachgehendes Faustpfand in der Weise bestellt werden, dass dem ersten Pfandgläubiger davon Anzeige gemacht und derselbe angewiesen wird, nach seiner eigenen Befriedigung das Pfand nicht an den Schuldner, sondern an den nachgehenden Pfandgläubiger herauszugeben.» Der Zweck der Vorschrift in B 151, Al. 2 besteht nun eben darin, den nachgehenden Gläubiger in Stand zu setzen, seine Rechte zu wahren, sei es durch Anhebung einer eigenen Betreibung, sei es durch Geltendmachung eines Widerspruches gemäss B 106, oder aber, wenn nötig, durch Ersteigerung des Pfandes.[6])

Diese Benachrichtigung hat jedoch bloss zivilrechtlichen und nicht betreibungsrechtlichen Charakter. Ihre Unterlassung übt daher keinen Einfluss auf den Gang der Betreibung aus, kann aber u. U. den vorgehenden Pfandgläubiger gegenüber dem nachgehenden schadenersatzpflichtig machen.[7])

---

[5]) Es kann nicht etwa gegen den Dritten direkt Betreibung auf Pfandverwertung angehoben werden; vergl. BE XXIII, 250, XXIV (1), 28; A X, 79.

[6]) Ebenso Jaeger, Art. 151, N. 7; Reichel, Art. 151, N. 7.

[7]) Ebenso Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, 2me éd., p. 317.

2. Der Zahlungsbefehl wird nach Empfang des Betreibungsbegehrens durch das Betreibungsamt gemäss B 69 erlassen (vergl. § 23 hievor). Jedoch weist seine Behandlung gewisse Abweichungen von derjenigen des Zahlungsbefehles bei der Betreibung auf Pfändung auf:

a. Mit Bezug auf den Inhalt ergeben sich der Natur der Sache gemäss folgende Besonderheiten:

aa. Die dem Schuldner anzusetzende Zahlungsfrist beträgt einen Monat, wenn es sich um ein Faustpfand, sechs Monate, wenn es sich um ein Grundpfand handelt (B 152, Ziff. 1). Diese Verlängerung der Zahlungsfrist gegenüber der bloss zwanzigtägigen im gewöhnlichen Betreibungsverfahren rechtfertigt sich durch die Überlegung, dass hier auf den Zahlungsbefehl gleich das Verwertungsbegehren folgt. Die Fristbestimmung in B 152, Ziff. 1, deckt sich denn auch mit der in B 154, Al. 1 für das Verwertungsbegehren fixierten Anfangsfrist, und diese wiederum entspricht genau der in B 116 vorgesehenen.

bb. Eine Änderung gegenüber B 69, Ziff. 4 bedingt die Natur der Sache hinsichtlich der im Zahlungsbefehl aufzunehmenden Androhung. Dieselbe lautet hier dahin, dass, wenn der Schuldner weder dem Zahlungsbefehle nachkommt, noch Rechtsvorschlag erhebt, das Pfand versteigert werde (B 152, Ziff. 2).

b. Die Ausfertigung des Zahlungsbefehles erfolgt in der durch B 70 vorgesehenen Weise (B 153, Al. 1, vergl. § 23, III hievor). Jedoch bestehen mit Bezug auf die Mitteilung von Ausfertigungen zwei Sonderbestimmungen:

aa. Hat ein Dritter das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben, so wird ihm, sofern sein Wohnort bekannt ist, gleichfalls eine Ausfertigung zugestellt (B 153, Al. 2).[8])

Der Natur der Sache nach handelt es sich hier, trotz des Wortlautes in B 153, Al. 2, nicht sowohl um eine Zustellung im technischen Sinne, als vielmehr um eine blosse

[8]) Voraussetzung aber ist, dass der Dritte nach dem geltenden Zivilrecht bereits gültig Eigentum erworben hat; vergl. A IV, 62.



Übermittlung einer Abschrift.[9]) Die Betreibung richtet sich nämlich, wie schon oben bemerkt, nur gegen den Pfandschuldner als solchen und niemals gegen den Dritteigentümer des Pfandes. Der letztere wird nicht Partei im Verfahren. Er kann sich namentlich der Durchführung der Betreibung nicht durch Erhebung eines Rechtsvorschlages widersetzen, indem diese Fähigkeit gemäss der hier ebenfalls geltenden Vorschrift in B 74, Al. 1 nur dem betriebenen Schuldner als solchem zusteht (arg. B 153, Al. 3, nach der neuen Fassung — ZGBE 60 — Al. 4; vergl. § 24, III, Ziff. 1 hievor).[10])

Weil der Dritteigentümer nicht als Partei im Betreibungsverfahren in Betracht kommt, ist er auch nicht zur Beschwerdeführung gegen eigentliche Betreibungshandlungen legitimiert, sondern höchstens gegenüber seiner eigenen Behandlung in einem allfälligen Widerspruchsverfahren gemäss B 106, 109 (vergl. § 9, III, Ziff. 1, lit. c hievor, spez. Note 35).[11])

Die Benachrichtigung des Dritteigentümers gemäss B 153, Al. 2 hat also lediglich den Zweck, ihn in Stand zu setzen, seine Rechte am Pfandgegenstand geltend zu machen, was nach den — auch hier einzig massgebenden — allgemeinen Vorschriften nur im Wege des Widerspruchsverfahrens gemäss B 106 ff. geschehen kann (vergl. unten Ziff. 3, II, Ziff. 2, lit. b, cc).[12])

bb. Nach der neuen Redaktion in B 152, Al. 2 (ZGBE 60) ist aber noch eine weitere Benachrichtigung von Drittpersonen erforderlich. Bestehen nämlich auf der verpfändeten Liegenschaft Pacht- oder Mietverträge, so hat das Betreibungsamt dem Pächter oder Mieter die Anhebung der

[9]) Ebenso auch BE XXIV (1), 28; Jaeger, Art. 153, N. 2; vergl. den französischen und italienischen Text des Gesetzes, worin der Ausdruck «exemplaire», «esemplare» gebraucht wird.

[10]) Ebenso BE XXIV (1), 28, XXVI (1), 30, wo als weiteres Argument für die oben vertretene Ansicht geltend gemacht wird, dass andernfalls die Zustellung an den Dritten immer erfolgen müsste, und nicht nur, wenn sein Wohnort bekannt ist.

[11]) In diesem Sinne auch BE XXIII, 250, XXIV (1), 117; A VIII, 18.

[12]) Ebenso BE XXIV (1), 28, XXVI (1), 30; Jaeger, Art. 153, N. 2; Reichel, Art. 153, N. 1.

Betreibung anzuzeigen. Diese Bestimmung hat ihren Grund in der materiellrechtlichen Vorschrift in ZGB 806, Al. 1 und 2, welche lautet: «Ist das verpfändete Grundstück vermietet oder verpachtet, so erstreckt sich die Pfandhaft auch auf die Miet- oder Pachtzinsforderungen, die seit Anhebung der Betreibung auf Verwertung des Grundpfandes oder seit der Eröffnung des Konkurses über den Schuldner bis zur Verwertung auflaufen. Den Zinsschuldnern gegenüber ist diese Pfandhaft erst wirksam, nachdem ihnen von der Betreibung Mitteilung gemacht oder der Konkurs veröffentlicht worden ist.» Die Bedeutung dieser Anzeige ist somit keine betreibungsrechtliche, sondern eine rein zivilrechtliche.

3. Mit Bezug auf den Rechtsvorschlag und seine Behandlung sollen nach der Vorschrift in B 153, Al. 3 die allgemeinen Bestimmungen gemäss B 74—86 Anwendung finden.[13]) Immerhin macht die Beschaffenheit der vorliegenden Betreibungsart auch hier einige Abweichungen von der ordentlichen Normierung erforderlich:

a. Der Inhalt des Rechtsvorschlages kann hier nicht bloss — wie dies B 69, Ziff. 3 vorsieht — in einer Bestreitung der Forderung, oder des Rechtes, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestehen, sondern auch in einer Bestreitung des Pfandrechtes.[14]) Auch diese Einwendung genügt zur Hemmung der Betreibung auf Pfandverwertung, da die letztere ohne das Bestehen eines Pfandrechtes prinzipiell nicht denkbar ist.

Ein solcher Einwand ist nicht nur dann berechtigt, wenn ein Pfandrecht überhaupt nicht besteht oder zivilrechtlich anfechtbar ist, sondern auch dann, wenn eine ursprünglich pfandversicherte Forderung infolge Zeitablaufs zur rein persönlichen geworden ist, für welche der Pfandgegenstand nicht mehr haftet; vergl. die Fälle in ZGB 791,

---

[13]) Ob ein Rechtsvorschlag formrichtig angebracht wurde, hat im Streitfall die Aufsichtsbehörde zu unterscheiden; vergl. A VIII, 14.

[14]) Ebenso Reichel, Art. 153, N. 2; Jaeger, Art. 69, N. 12, sowie die in § 24 hievor, Note 4 zit. Entscheide.

Al. 2 (einzelne Quoten der Grundlast), 821, Al. 2 (Kostenanteile für Bodenverbesserung).[15])

b. Auch die Wirkung einer provisorischen Rechtsöffnung kann trotz Mangels eines gesetzlichen Vorbehaltes nicht eine der in B 83, Al. 1 vorgesehenen analoge sein, indem eben die Pfandhaftung des Objektes im Zivilrecht begründet ist und nicht infolge eines betreibungsrechtlichen Vorganges nachträglich bloss provisorischen Charakter erhalten kann (vergl. § 27, V, Ziff. 1, lit. a hievor).[16]) Dagegen kann auch hier die Aberkennungsklage angestellt und damit entweder die Aberkennung der Forderung als solcher oder aber diejenige des dafür in Anspruch genommenen Pfandrechtes verlangt werden.

II. Das Verwertungsverfahren.

Für die Durchführung der Verwertung kommen zwei Stadien in Betracht: Die Stellung des Verwertungsbegehrens samt den sich unmittelbar daran knüpfenden Folgen einerseits und die Vornahme der Verwertung andererseits.

1. Das Verwertungsbegehren ist die betreibungsrechtliche Voraussetzung der Verwertung.[17])

a. Legitimiert zur Stellung des Begehrens ist gemäss B 154 der Gläubiger, d. h. derjenige, für welchen das Ein-

[15]) In gleicher Weise ist auch der Einwand zulässig, dass der Gläubiger selbst gültig auf das Pfandrecht verzichtet habe; vergl. BE XXX (1), 30. Dagegen liegt ein derartiger Verzicht nicht schon in dem Umstande, dass der Gläubiger für die pfandversicherte Forderung eine Betreibung auf Pfändung angehoben hatte; vergl. BE XXIV (1), 64. Jedenfalls aber hat der Betreibungsbeamte niemals von sich aus zu prüfen, ob das Pfandrecht besteht oder noch besteht. Er kann deshalb auch nicht die Betreibung als dahingefallen erklären, wenn er von der Erlöschung des Pfandrechtes Kenntnis erhält. Der Schuldner muss vielmehr in diesem Falle gemäss B 85 vorgehen; vergl. A X, 68 und XI, 69. Bestreitet der Schuldner im Rechtsvorschlag das Bestehen eines Pfandrechtes, so hat der Gläubiger die Wahl, entweder nach B 79 auf dessen Bestehen zu klagen oder aber Betreibung auf Pfändung bezw. Konkurs anzuheben; vergl. A III, 73.

[16]) Ebenso BE XXIII, 249; Jaeger, Art. 153, N. 3, Reichel, Art. 153, N. 4.

[17]) Ueber eine materiellrechtliche Voraussetzung desselben vergl. unten Ziff. 2 lit. b, cc (B 153, Al. 3, ZGBE 60).

leitungsverfahren erfolgreich durchgeführt wurde, bezw. sein Rechtsnachfolger.

b. Eine besondere Form wird dafür nicht vorgeschrieben, weshalb das Begehren sowohl mündlich als auch schriftlich beim Betreibungsamt angebracht werden kann.[18])

c. Die zeitliche Begrenzung der Anbringung des Begehrens ist in analoger Weise geordnet, wie bei der Betreibung auf Pfändung. Der Gläubiger kann die Verwertung eines Faustpfandes frühestens einen Monat und spätestens ein Jahr, diejenige eines Grundpfandes frühestens sechs Monate und spätestens zwei Jahre nach der Zustellung des Zahlungsbefehls verlangen (B 154, Al. 1).[19])

Da nun aber hier die Stellung des Verwertungsbegehrens gleich auf das Einleitungsverfahren folgt, so wird natürlich die Möglichkeit derselben durch Erhebung eines Rechtsvorschlages seitens des Schuldners unterbrochen. Um den Gläubiger gegen die Folgen dieser Unterbrechung zu schützen, schreibt B 154, Al. 1 vor: «Ist ein Rechtsvorschlag erfolgt, so fällt die Zeit zwischen der Anhebung und der gerichtlichen Erledigung der Klage nicht in Berechnung.»[20]) Dieser Zeitraum wird also von der gesetzlichen Befristung des Verwertungsbegehrens abgezogen.

Im übrigen wirkt diese Befristung peremptorisch. Wenn binnen der gesetzlichen Frist das Verwertungsbegehren nicht gestellt oder zurückgezogen und nicht erneuert wird, so erlischt die Betreibung (B 154, Al. 2).

2. Die unmittelbaren Folgen der Stellung eines Verwertungsbegehrens machen sich nach verschiedenen Richtungen hin geltend:

---

[18]) Für die schriftliche Anbringung kann das für das Verwertungsbegehren in der Betreibung auf Pfändung vorgesehene amtliche Formular verwendet werden (Verordnung Nr. 1, Art. 8).

[19]) Unter Zustellung des Zahlungsbefehles ist dabei immer nur die Zustellung im technischen Sinn an den Schuldner, niemals die Uebermittlung einer Ausfertigung an den Dritteigentümer des Pfandes gemäss B 153, Al. 2 zu verstehen; vergl. BE XXIII, 250.

[20]) Diese Vorschrift deckt sich mit der Präzisierung der Befristung des Pfändungsbegehrens gemäss B 88, Al. 2. Hier wie dort kann nach dem Wortlaut des Gesetzes unter «Klage» nur die

a. Rein äusserlich erfordert die Stellung des Begehrens dessen Kenntnisgabe an den Schuldner. Das Betreibungsamt benachrichtigt den Schuldner binnen drei Tagen von dem Verwertungsbegehren (B 155, Al. 2).

b. Da das Verwertungsbegehren hier unmittelbar auf das Einleitungsverfahren folgt, so sind zur Ermöglichung und Sicherung desselben, sowie zur Feststellung der rechtlichen Zulässigkeit einer Verwertung verschiedene Massnahmen notwendig, wie sie bei der Betreibung auf Pfändung während des Pfändungsverfahrens vorgenommen werden. Wenn nämlich hier der Gläubiger das Verwertungsbegehren gestellt hat, finden B 97, Al. 1, 102, Al. 2, 103, 106, 107, 108 und 109 auf das Pfand entsprechende Anwendung (B 155, Al. 1).[21])

aa. In erster Linie hat eine Schätzung des Pfandgegenstandes durch den Betreibungsbeamten, nötigenfalls mit Zuziehung von Sachverständigen, gemäss B 97, Al. 1, stattzufinden (vergl. § 30, IV, Ziff. 1 hievor). Dieselbe ist für die Hingabe des Gegenstandes bei der ersten Steigerung massgebend (B 126, Al. 1, 141, Al. 1, 156, Al. 1).[22])

bb. Das Betreibungsamt sorgt für die Verwaltung und Bewirtschaftung der verpfändeten Liegenschaften und Einheimsung der Früchte, wobei aber im Falle des Bedürfnisses die letzteren zum Unterhalt des Schuldners und seiner Familie in Anspruch zu nehmen sind (B 102, Al. 2, 103; vergl. § 31, VI, Ziff. 3 hievor).

---

durch B 79 vorgesehene Klage verstanden sein. Weder das Rechtsöffnungsverfahren, noch auch der Aberkennungsprozess fallen deshalb in Betracht (vergl. § 30, Note 8, sowie § 27, Note 38 hievor). A. M. Reichel, Art. 88, N. 5 und — mit Bezug auf die Aberkennungsklage — Jaeger, Art. 154, N. 10. Wie oben im Text BE XXXIII (1), 142.

[21]) Da B 155, Al. 1 von einer entsprechenden Anwendung spricht, so müssen die oben zitierten Vorschriften in jedem einzelnen Falle den Bedürfnissen der Betreibung auf Pfandverwertung angepasst werden; vergl. BE XXXIII (1), 144.

[22]) Der Schuldner kann daher gegen eine zu niedrige Schätzung Beschwerde erheben. Eine Weiterziehung an das Bundesgericht ist jedoch, da es sich um eine Frage der Angemessenheit handelt, ausgeschlossen; vergl. BE XXIX (1), 110.

Eine Beschlagnahmung des Faustpfandes ist dagegen nicht notwendig, da dasselbe der Natur der Sache gemäss im Gewahrsam des Gläubigers ist. B 98 wird deshalb in B 155, Al. 1 absichtlich nicht als anwendbar erklärt.[23])

cc. Schliesslich muss in diesem Stadium auch Drittpersonen, welche ihrerseits dingliche Rechte am Pfandgegenstand beanspruchen, Gelegenheit gegeben werden, ihre hieraus resultierenden Befugnisse im Wege des Widerspruchsverfahrens gemäss B 106, 107, 108, 109 zu wahren (vergl. § 32 hievor).[24])

Zur Geltendmachung seines Rechtes im Widerspruchsverfahren ist vor allem ein dritter Eigentümer des Pfandes befugt, sofern er glaubt, sich einer Verwertung des letztern widersetzen zu können. Hiezu genügt aber nicht schon die Tatsache, dass das Eigentum am Pfandgegenstand nicht dem Schuldner zusteht. Vielmehr muss dargetan werden, dass ein Pfandrecht an der Sache zu Gunsten des betreibenden Gläubigers nicht existiert Dies trifft dann zu, wenn die pfandversicherte Forderung als solche bestritten wird, oder wenn gegen den gültigen Bestand des Pfandrechtes aus materiellen oder formellen Gründen Einsprache erhoben wird. Der betriebene Schuldner selbst kann diese Einwendungen auf dem Wege des Rechtsvorschlages erheben. Dem Dritteigentümer dagegen steht hiezu, weil er im Betreibungsverfahren nicht Partei ist, einzig der Weg des Widerspruchsverfahrens offen (vergl. oben I, Ziff. 2, lit. b, aa) [25])

Das Widerspruchsverfahren ist aber auch dann ein-

---

[23]) Ebenso BE XXVII (1), 40. Dagegen kann der Betreibungsbeamte das Pfand behufs Vornahme der Verwertung behändigen, auch wenn es bei einem Dritten deponiert ist.

[24]) Eine Fristansetzung gemäss B 106, 109 ist vor gestelltem Verwertungsbegehren nicht zulässig und zwar auch dann nicht, wenn bereits ein Retentionsverzeichnis gemäss B 283, Al. 3 aufgenommen wurde; vergl. BE XXXII (1), 56; A VII, 56, X, 90.

[25]) Einen Spezialfall vergl. in Art. 86, Al. 2 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag. Eine Prüfung und Beurteilung dieser Einwände durch die Vollstreckungsbehörden ist ausgeschlossen. Es sind hiezu einzig die Gerichte im Widerspruchsprozess kompetent; vergl. BE XXVI (1), 67, XXVII (1), 40, A IX, 59.

zuleiten, wenn ein nicht betreibender Dritter ebenfalls Pfandrecht an der Sache geltend macht. Es muss eben hier sowohl dem Schuldner als auch dem betreibenden Gläubiger Gelegenheit gegeben werden, diesen Anspruch zu bestreiten, bezw. gerichtlich beurteilen zu lassen.

Einen Spezialfall, der mit dem Widerspruchsverfahren nahe verwandt ist und u. U. zur Veranstaltung des letztern Anlass geben kann, sieht nun B 153, Al. 3 (ZGBE· 60) vor, nämlich den Ausschluss der Verwertung infolge geschehener Einleitung der einseitigen Ablösung eines Grundpfandrechtes. ZGB 828, Al. 1 regelt das Institut der einseitigen Ablösung wie folgt: «Das kantonale Recht kann den Erwerber eines Grundstückes, der nicht persönlich für die darauf lastenden Schulden haftbar ist, ermächtigen, solange keine Betreibung erfolgt ist, die Grundpfandrechte, wenn sie den Wert des Grundstückes übersteigen, abzulösen, indem er den Gläubigern den Erwerbspreis oder bei unentgeltlichem Erwerb den Betrag herausbezahlt, auf den er das Grundstück wertet.» ZGB 828, Al. 2 und 3, 829 und 830 geben eine nähere Regelung des Ablösungsverfahrens.[26])

Mit Bezug auf dieses Institut schreibt nun die durch ZGBE 60 neugeschaffene Bestimmung in B 153, Al. 3 vor: «Hat der Dritte das Verfahren nach Art. 828 und 829 des ZGB eingeleitet, so kann die Liegenschaft nur verwertet werden, wenn der betreibende Gläubiger nach Beendigung des Verfahrens dem Betreibungsamte den Nachweis leistet, dass ihm noch ein Grundpfandrecht für die in Betreibung gesetzte Forderung auf der Liegenschaft zusteht.»[27])

Voraussetzung dieses Verwertungsausschlusses ist also nicht bloss die bereits vollzogene Ablösung, sondern auch schon die Einleitung des hiezu notwendigen

[26]) Vergl. darüber Huber: Erläuterungen, Gesamtausgabe, S 700 ff.; Wieland: Kommentar zum Sachenrecht, S. 350 ff.

[27]) Die Anfügung dieser Bestimmung an B 153, welcher vom Zahlungsbefehl und vom Rechtsvorschlag handelt, erscheint, vom systematischen Standpunkt aus betrachtet, als verfehlt. Nach dem

Verfahrens. Das letztere besteht einerseits in der vom Dritteigentümer vorzunehmenden schriftlichen, mit halbjährlicher Kündigung verbundenen Mitteilung der beabsichtigten Ablösung an den Gläubiger (ZGB 828, Al. 2) und andererseits in dem Bewertungsverfahren, welches der Gläubiger verlangen kann (ZGB 829, 830).

Der Grund des in diesem Falle vorgesehenen Ausschlusses der Verwertung liegt darin, dass der Gläubiger hier auch ohne Betreibung seitens des dritten Eigentümers alles das erhalten wird, was ihm mit Bezug auf die Liegenschaft zukommt. Eine betreibungsrechtliche Verwertung der letztern hat deshalb nur dann einen Sinn, wenn der Gläubiger nach Beendigung des Ablösungsverfahrens dem Betreibungsamte den Nachweis leistet, dass ihm ausser dem abgelösten noch ein anderes Grundpfandrecht für die in Betreibung gesetzte Forderung auf der Liegenschaft zusteht.

Die Feststellung des Ausschlusses der Verwertung hat — trotz des Wortlautes in B 153, Al. 3 — nicht von Amtes wegen zu erfolgen, sondern nur auf Verlangen des Dritteigentümers. Gegenüber der Verfügung des Betreibungsbeamten kann sowohl der betreibende Gläubiger, als auch der Schuldner und der Dritteigentümer Beschwerde führen, da sie dadurch in ihren betreibungsrechtlichen Interessen berührt werden. Wird jedoch gegenüber dem vom Dritten verlangten Ausschluss der Verwertung eingewendet, dass die gesetzlichen Voraussetzungen einer einseitigen Ablösung fehlen, oder behauptet der betreibende Gläubiger nach Beendigung des Ablösungsverfahrens, noch ein weiteres Grundpfandrecht für seine Forderung auf der Liegenschaft zu besitzen, so haben über diese rein zivilrechtlichen Fragen im Streitfall nicht die Vollziehungsbehörden, sondern die

ausdrücklichen Wortlaut in B 153, Al. 3 hindert der dort umschriebene Tatbestand nicht schon die Zustellung des Zahlungsbefehles, sondern nur die Verwertung. Ferner aber kann dieser Einwand nicht auf dem Wege des Rechtsvorschlages geltend gemacht werden, da er nicht dem Schuldner, sondern dem Dritteigentümer zusteht. Die Vorschrift hätte deshalb logischerweise an B 155, Al. 1 angeschlossen werden sollen.

Gerichte zu entscheiden. Es ist deshalb einfach das Widerspruchsverfahren einzuleiten. Und zwar entspricht es der Natur der Sache, dass das Verfahren gemäss B 109 gewählt wird, da hier zweifellos der Dritte den Gewahrsam an der Liegenschaft hat.

3. Für die Verwertung gelten die Vorschriften in B 122—143 (B 156).[28]) Wir haben deshalb hier, wie bei der Betreibung auf Pfändung, ein verschiedenes Verwertungsverfahren für Mobilien und für Immobilien.

a. Hinsichtlich der Verwertung beweglicher Sachen können die Bestimmungen in den in B 122—132 aufgestellten Vorschriften ohne weiteres angewendet werden (vergl. § 35 hievor). Spezielle Kompetenzen räumt ZGB 898, Al. 2 dem Betreibungsbeamten für die Verwertung retinierter Namenspapiere ein, indem dort vorgeschrieben wird: «Zur Verwertung zurückgehaltener Namenspapiere hat in Vertretung des Schuldners der Betreibungs- oder Konkursbeamte das Erforderliche vorzunehmen.» Es handelt sich dabei namentlich um die Vornahme der nötigen Schritte zur Legitimierung des Steigerungserwerbers durch Auftragung einer Bescheinigung auf das Papier.[29])

b. Bei der Verwertung unbeweglicher Sachen machen sowohl die Tatumstände als auch gewisse Vorschriften des ZGB verschiedene Abweichungen von den für die Betreibung auf Pfändung aufgestellten Regeln notwendig.[30])

aa. Für die vor der Versteigerung gemäss B 140, Al. 1 vorgesehene Aufstellung des Lastenverzeichnisses ist die Bestimmung in ZGB 812, Al. 2 und 3 betreffend die Löschung gewisser auf dem Grundstück haftenden

---

[28]) Trotzdem B 156 — im Gegensatz zu B 155, Al. 1 — nicht bloss von einer analogen Anwendung der Vorschriften in B 122—143 spricht, so kann es sich hier der Natur der Sache nach dennoch nicht um eine strikte Anwendung jeder einzelnen Bestimmung handeln. Ebenso BE XXXIII (1), 144.

[29]) Vergl. Wieland, a. a. O., S. 468.

[30]) Wo dies nicht der Fall ist, müssen die Bestimmungen in B 133—143 strikte angewendet werden; vergl. BE XXIX (1), 81.

Dienstbarkeiten und Grundlasten von Bedeutung. Es wird darüber vorgeschrieben: «Wird nach der Errichtung des Grundpfandrechtes eine Dienstbarkeit oder Grundlast auf das Grundstück gelegt, ohne dass der Pfandgläubiger zugestimmt hat, so geht das Grundpfandrecht der späteren Belastung vor, und diese wird gelöscht, sobald bei der Pfandverwertung ihr Bestand den vorgehenden Pfandgläubiger schädigt. Der aus der Dienstbarkeit oder Grundlast Berechtigte hat jedoch gegenüber nachfolgenden Eingetragenen für den Wert der Belastung Anspruch auf vorgängige Befriedigung aus dem Erlöse.»[31])

bb. Die Feststellung der Steigerungsbedingungen wird beeinflusst durch die in B 156 vorgesehene Modifikation der Bestimmung in B 135, welche dahin geht, dass der dem betreibenden Pfandgläubiger zukommende Anteil, anderweitige Vereinbarung der Beteiligten vorbehalten, in Geld zu bezahlen und die Belastung der Liegenschaft (Hypothek u. s. w.), welche zu Gunsten des Betreibenden bestand, in den öffentlichen Büchern als erloschen zu streichen ist. Ein Ueberbund der in Betreibung stehenden Forderung an den Erwerber des Pfandes kann hier somit nur mit ausdrücklicher Einwilligung des betreibenden Gläubigers, des Schuldners und des Steigerungserwerbers stattfinden.

cc. Für die Veräusserung der Pfandsache sind neben den betreibungsrechtlichen Bestimmungen auch noch Spezialvorschriften des ZGB massgebend:

Sind mehrere Grundstücke für die gleiche Forderung verpfändet, so ist die Betreibung auf Pfandverwertung gleichzeitig gegen alle zu richten, die Verwertung aber nach Anordnung des Betreibungsamtes nur soweit nötig durchzuführen (ZGB 816, Al. 3).

[31]) Vergl. Wieland a. a. O., S. 123 ff. Eine analoge Bestimmung befand sich schon bisher in verschiedenen kantonalen Rechten; vergl. z. B. Bern, EG 66. Zur Bestreitung angemeldeter dinglicher Belastungen ist auch hier — gleich wie bei der Betreibung auf Pfändung — ausser dem Schuldner nur der betreibende Pfandgläubiger selbst legitimiert; niemals also irgend ein anderer am Verwertungserlös beteiligter Pfandgläubiger; vergl. BE XXII, 48.

Hinsichtlich der Einbeziehung der Früchte in die Verwertung vergl. § 38, III, Ziff. 1, lit. b, hievor.

III. Die Verteilung.

Während bei der Verwertung die Anlehnung an die für die Betreibung auf Pfändung aufgestellten Grundsätze die Regel und die Abweichung von denselben die Ausnahme bildet, ist für die Verteilung das Umgekehrte der Fall.

1. Voraussetzung der Verteilung ist die Durchführung des Verwertungsverfahrens. Ist dasselbe beendigt, so wird von Amtes wegen verteilt, ohne dass es dazu des Antrages eines Beteiligten bedürfte.

Abschlagsverteilungen werden — im Gegensatz zu B 144, Al. 2 — hier nicht vorgesehen.

2. Die Verwendung des Verwertungserlöses geht nach zwei Richtungen hin vor sich:

a. Aus dem Pfanderlöse werden vorab die Kosten der Verwertung und Verteilung bezahlt (B 157, Al. 1). Darunter sind alle diejenigen Kosten zu verstehen, welche das Betreibungsamt ausgelegt hat, soweit dieselben nicht dem Ersteigerer überbunden werden.[32]) Ist aus irgend einem Grunde die Verwertung des Pfandes nicht möglich, oder reicht der erzielte Erlös zur Kostendeckung nicht hin, so sind die Kosten von dem betreibenden Gläubiger zu tragen (vergl. § 37 hievor, Note 5). Was nach Deckung dieser Kosten übrig bleibt, gilt als Reinerlös der Verwertung (arg. B 157, Al. 1 und 2).

b. Der Reinerlös wird den Pfandgläubigern bis zur Höhe ihrer Forderungen, einschliesslich der laufenden Zinsen und der Betreibungskosten, ausgerichtet (B 157, Al. 2). Als Pfandgläubiger kommen dabei nicht nur diejenigen in Betracht, welche die Betreibung angehoben und durchgeführt haben, sondern auch alle diejenigen, welche sonstwie an der verwerteten Sache Pfandrecht besassen und mit

---

[32]) Die Spezifikation dieser Kosten vergl. in Tarif, 18—20.

demselben gemäss B 106, 109, 140 zur Beteiligung am Erlös zugelassen wurden, soweit ihr Recht nicht dem Ersteigerer auf Rechnung des Steigerungspreises überbunden wurde.

Die aus dem Reinerlös zu deckenden Posten zerfallen in folgende Bestandteile:

aa. Die in Betreibung gesetzte, pfandversicherte Hauptforderung. Hiezu gehören auch allfällige vom Pfandgläubiger gemachten, zur Erhaltung der Pfandsache notwendigen Aufwendungen (ZGB 819) und ferner die durch das geltende Zivilrecht als pfandgedeckt bezeichneten, verfallenen Zinse. (ZGB 818). Beim Faustpfand bietet gemäss ZGB 891, Al. 2 das Pfandrecht Sicherheit für alle Vertragszinse, also auch für die verfallenen.[33]) Beim Grundpfand wurde die Ausdehnung der Pfandhaftung auf verfallene Zinse bisher durch das kantonale Recht bestimmt.[34]) Gemäss ZGB 818, Ziff. 3 erstreckt sie sich künftig auf drei zur Zeit des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinse. In jedem Falle muss die Befriedigung für die verfallenen Zinse im Betreibungsbegehren — bezw. von den ohne Betreibung an der Verteilung partizipierenden Pfandgläubigern bei der Geltendmachung ihres Pfandrechtes gemäss B 140 — ausdrücklich verlangt werden, da der Betreibungsbeamte nicht wissen kann, welche Zinse ausstehen.

bb. Gedeckt wird ferner der seit dem letzten Zinstage laufende Zins, soweit er vom Gläubiger ausdrücklich gefordert wurde (ZGB 818, Ziff. 3, 891, Al. 2);

cc. ferner die Betreibungskosten, soweit dieselben vom Gläubiger vorgeschossen wurden (B 154, Al. 2), und endlich

dd. gemäss ZGB 818, Ziff. 2 und 891, Al. 2 allfällige Verzugszinse.

Ein allfälliger Ueberschuss des Erlöses über die zu deckenden Posten hinaus wird dem Schuldner, bezw. dem

---

[33]) Ebenso Wieland, a. a. O., S. 459.

[34]) Vergl. die Zusammenstellung bei Reichel, Art. 157, N. 2, und Art. 219, N. 6; Brand und Wasem, S. 333 ff.



dritten Pfandeigentümer oder aber — beim Faustpfand — einem nachgehenden Pfandgläubiger ausgehändigt.[35])

3. Ein Kollokationsplan ist hier immer dann aufzustellen, wenn der Pfanderlös nicht zur Befriedigung sämtlicher in Betracht fallender Pfandgläubiger ausreicht (B 157, Al. 3). Eine Nachpfändung, wie sie B 145 vorsieht, wird durch die Natur der Sache ausgeschlossen.

Für die Anlegung des Kollokationsplans kommen folgende Regeln in Betracht:

a. Der Inhalt des Planes setzt sich aus vier Bestandteilen zusammen:

aa. der Aufzählung sämtlicher teilnehmender Gläubiger;

bb. der Feststellung ihres Ranges. Dieselbe hat unter Berücksichtigung der in B 219, Al. 2 und 3 für die Kollokation im Konkurs aufgestellten Vorschriften zu geschehen. Die Rangordnung bestimmt sich bei Faustpfändern nach dem Zeitpunkt ihrer Errichtung (ZGB 893, Al. 2). Bei Grundpfändern richtete sie sich bisher nach dem kantonalen Recht, künftig aber nach den im ZGB enthaltenen Vorschriften über das Grundpfand (B 219, Al. 2, ZGBE 60). Gläubiger gleichen Ranges haben unter sich Anspruch auf gleiche Befriedigung (ZGB 817, Al. 2).

Haften mehrere Pfänder für die nämliche Forderung, so werden die daraus gelösten Beträge im Verhältnis ihrer Höhe zur Deckung der Forderung verwendet (B 219, Al. 2).

Eine Bestimmung, welche bei der Kollokation ebenfalls von Bedeutung sein kann, enthält nun ZGB 841, Al. 1 mit Bezug auf das in ZGB 837, Ziff. 3 vorgesehene gesetzliche Pfandrecht der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Es wird hierüber vorgeschrieben: «Kommen die Forderungen der Handwerker und Unternehmer bei der Pfandverwertung zu Verlust, so ist der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen, sofern das Grund-

[35]) Vergl. BE XXXI (2), 96.

stück durch ihre Pfandrechte in einer für sie erkennbaren Weise zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer belastet worden ist.»[36])

cc. Wie bei der Betreibung auf Pfändung wird auch hier mit dem Kollokationsplan die Verteilungsliste verbunden (vergl. § 37, III, Ziff. 2, lit. c hievor).

dd. Endlich aber gehören auch hier zum Kollokationsplan die nötigen Angaben über die Person des Schuldners, sowie über Auflegung, Anfechtung und Inkrafttreten des Planes (vergl. § 37, III, Ziff. 2, lit. d hievor).

b. Hinsichtlich der Auflegung, der Bekanntmachung und der Anfechtung des Kollokationsplanes finden die Vorschriften in B 147, 148 entsprechende Anwendung. Es gelten somit hiefür die gleichen Bestimmungen wie bei der Betreibung auf Pfändung (§ 37, III, Ziff. 3—6 hievor).

4. Im Falle der nicht vollständigen Befriedigung des betreibenden Pfandgläubigers tritt hier an Stelle des für die Betreibung auf Pfändung vorgesehenen Verlustscheines der sog. Pfandausfallschein. Dem betreibenden Pfandgläubiger wird, wenn wegen ungenügenden Angebotes (B 127, Al. 2 und 142, Al. 2) die Verwertung des Pfandes nicht stattfinden konnte oder wenn der Erlös seine Forderung nicht deckt, eine diese Tatsache verurkundende Bescheinigung ausgestellt (B 158, Al. 1).[37])

Der Pfandausfallschein stellt die betreibungsamtliche Bescheinigung der nicht oder nicht vollständig erfolgten Deckung des Pfandgläubigers für seine Forderung aus dem Pfand dar. Er bildet das einzig zulässige Beweismittel für diese Tatsache, soweit daraus betreibungsrechtliche Folgen abgeleitet werden sollen. In dieser Beziehung besteht also eine Analogie zum Verlustschein gemäss B 149 (vergl. § 37, IV, Ziff. 1 hievor.)

a. Die Voraussetzungen des Pfandausfallscheines machen sich nach zwei Richtungen hin geltend:

[36]) Vergl. Wieland, a. a. O. S. 369 ff.

[37]) Ein Verlustschein ist nicht auszustellen, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass sich der Gläubiger aus dem übrigen Vermögen des Schuldners auf dem Wege der ordentlichen Betreibung bezahlt machen kann; vergl. BE XXXI (1), 70.

aa. Er wird nur dem betreibenden Pfandgläubiger ausgestellt (B 158, Al. 1). Diejenigen Pfandgläubiger, welche bloss infolge Geltendmachung ihrer Ansprüche gemäss B 106, 109, 140 bei der Verteilung zu berücksichtigen waren, erhalten niemals einen solchen. Diese Einschränkung rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, dass die Folgen des Pfandausfallscheines rein betreibungsrechtliche sind und deshalb nur demjenigen zukommen können, welcher selber betrieben hat.[38])

bb. Es muss eine Deckung des betreffenden Pfandgläubigers im Wege der Betreibung auf Pfandverwertung nicht oder nicht vollständig erfolgt sein. Die Ursache hievon kann zweifacher Natur sein: Entweder konnte die Verwertung des Pfandes wegen ungenügenden Angebotes nicht stattfinden, oder aber der erzielte Erlös deckte die Forderung nicht.

b. Der Inhalt des Pfandausfallscheines besteht in genauen Angaben über Gläubiger, Schuldner, Forderung und Pfandgegenstand, sowie in einer Bescheinigung der nicht

---

[38]) Die von Jaeger, Art. 158, Al. 1 verteidigte entgegengesetzte Ansicht widerspricht nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, sondern würde auch zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen. Wenn z. B. die Verwertung des Pfandes nicht erfolgen könnte, weil das Angebot in der zweiten Steigerung den Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Pfandrechte nicht übersteigt, so hätte der vorgehende Pfandgläubiger gestützt auf einen ihm ausgestellten Pfandausfallschein die Wahl, ob er den Schuldner seinerseits auf Pfandverwertung oder aber auf Pfändung, bezw. Konkurs, betreiben wollte. Dies würde einen unzulässigen Eingriff in die Rechte des Schuldners darstellen. Umgekehrt werden durch Nichtausstellung eines Pfandausfallscheines an den nachgehenden, nicht gedeckten Pfandgläubiger, welcher nicht betrieben hat, die Interessen desselben keineswegs geschädigt. Dieser kann nämlich, sofern die Verwertung des Pfandes wegen ungenügenden Angebotes nicht stattfand, seinerseits später noch Betreibung auf Pfandverwertung anheben. Wurde er dagegen aus dem Erlös des Pfandes nicht oder nicht vollständig gedeckt, so kann er jederzeit durch eine Bescheinigung des Betreibungsamtes den Nachweis erbringen, dass ein Pfandrecht nicht mehr besteht, weshalb er, soweit ihm überhaupt noch eine persönliche Forderung zusteht, für dieselbe auf Pfändung oder Konkurs betreiben kann.

oder nicht vollständig erfolgten Deckung und der Gründe dieser Tatsache. Es ist hiefür ein besonderes Formular vorgesehen in Verordnung Nr. 1, Art. 23.

Die Ausfertigung des Pfandausfallscheines geschieht von Amtes wegen, sobald feststeht, dass die gesetzlichen Voraussetzungen hiefür gegeben sind.

c. Die Wirkungen des Pfandausfallscheines sind im Gegensatz zu denjenigen des Verlustscheines immer nur betreibungsrechtliche, und auch diese sind bedeutend beschränkter wie dort. Der Pfandausfallschein gilt nicht als Schuldanerkennung gemäss B 82, noch legitimiert er zur Anstellung der Anfechtungsklage gemäss B 285, noch auch bildet er einen Arrestgrund gemäss B 271, Ziff. 5. Ebensowenig aber zieht seine Ausstellung öffentlichrechtliche Ehrenfolgen für den Schuldner gemäss B 26 nach sich.[39])

Seine einzige Wirkung besteht vielmehr darin, dass nach seiner Zustellung der Gläubiger je nach der Person des Schuldners die Betreibung auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses führen kann (vergl. § 15, IV, Ziff. 2 hievor).[40]) Betreibt er hiebei binnen Monatsfrist, so ist ein neuer Zahlungsbefehl — und mithin das ganze Einleitungsverfahren — nicht erforderlich (B 158, Al. 2). Der Gläubiger kann vielmehr sofort im Falle einer Betreibung auf Pfändung das Pfändungsbegehren stellen,[41]) im Falle der Betreibung auf Konkurs den Erlass der Konkursdrohung verlangen.

---

[39]) Hinsichtlich des letztern Punktes ebenso BE XXVI (1), 23.

[40]) Dabei ist es gleichgültig, ob die Betreibung am gleichen Ort zu führen ist, wo die Betreibung auf Pfandverwertung geführt wurde. oder nicht; vergl. BE XXXIV (1), 64.

[41]) Er kann sich somit auch einer bereits hängigen Pfändung anschliessen; vergl. BE XXV (1), 114. Dies setzt aber natürlich voraus, dass die Ausstellung des Pfandausfallscheines eine gesetzlich zulässige und gültige war; vergl. BE XXXII (1), 39. Diese Zulässigkeit kann nur auf dem Beschwerdewege bestritten werden; vergl. BE XXIX (1), 128, A VIII, 85. Ist die Zulässigkeit durch die zuständige Aufsichtsbehörde verneint worden, so fällt natürlich auch eine auf den ungültigen Pfandausfallschein gegründete Pfändung oder Anschlusspfändung ipso iure dahin.

Voraussetzung einer Anhebung der Betreibung auf Pfändung oder Konkurs ist jedoch, dass trotz dem Erlöschen des Pfandrechtes nach Massgabe der Zivilgesetzgebung noch eine persönliche Forderung des Gläubigers existiert.

Beim Faustpfand ist dies immer der Fall, da hier das Pfandrecht nur ein Akzessorium der Forderung bildet, sein Untergang also den Bestand der letztern nicht beeinflussen kann.[42]) Anders dagegen verhält es sich beim Grundpfand. Hier kann die Zivilgesetzgebung gewisse Pfandrechte und Grundlasten, unabhängig von jeder persönlichen Forderung, statuieren. Nach dem Untergang des dinglichen Rechtes existiert also dabei keine Forderung mehr, weshalb auch eine Betreibung auf Pfändung oder Konkurs ausgeschlossen ist. Die bisherige Fassung in B 158, Al. 2 behielt in dieser Beziehung einfach die kantonale Hypothekargesetzgebung vor.[43]) Die neue Fassung (ZGBE 60) schliesst die Anhebung einer Betreibung auf Pfändung oder Konkurs aus, sofern es sich bei der Betreibung auf Pfandverwertung um eine Gült oder eine andere Grundlast (ZGB 782 ff. und 847 ff.) handelte.

5. Hinsichtlich der Quittierung der Forderungsurkunde, der Entkräftung der Hypothekartitel, sowie der Besorgung der erforderlichen Löschungen und Tilgungen in den öffentlichen Büchern finden die Vorschriften in B 150 entsprechende Anwendung (B 157, Al. 3; vergl. § 37, V).

§ 40.

Besondere Bestimmungen über Miete und Pacht.

I. Die Regelung im allgemeinen.

Zu den durch Retentionsrecht gesicherten Forderungen, welche auf dem Wege der Betreibung auf Pfandverwertung zu vollstrecken sind, gehören auch diejenigen aus Miet- und Pachtzinsen. OR 294, Al. 1 umschreibt dieses Reten-

---

[42]) Ebenso äusserte sich schon vor der Einführung des B das Bundesgericht in BE XII, 77. Zweifel hiegegen hegt Reichel, Art. 158, N. 2.

[43]) Vergl. die Zusammenstellung der kantonalen Vorschriften bei Reichel, Art. 158, N. 2; Brand und Wasem, S. 333 ff.

tionsrecht wie folgt: «Der Vermieter einer unbeweglichen Sache hat für den Mietzins des verflossenen und des laufenden Jahres ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, welche sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören.»[1]) Diese Vorschrift, welche gemäss OR 297 auch für Pachtzinsforderungen gilt,[2]) wird durch OR 295 ausgedehnt auf die vom Untermieter eingebrachten Gegenstände, soweit diesem gegenüber das Recht des Untervermieters reicht.[3]) Dagegen macht OR 294, Al. 2 dabei die Einschränkung, dass vorbehalten bleiben im Sinne von OR 207 die Eigentumsansprüche Dritter an verlorenen oder gestohlenen, sowie an solchen Sachen, von denen der Vermieter wusste oder wissen musste, dass sie nicht dem Mieter gehören. Im weitern sind ausgenommen diejenigen Sachen, welche Kompetenzstücke gemäss B 92[4]) darstellen (vergl. § 31, II, Ziff. 2 hievor).

Da sich hier die Retentionsgegenstände streng genommen nicht unmittelbar — wie dies OR 224, Al. 1 für die Begründung des Retentionsrechtes im allgemeinen vorsieht — in der Verfügungsgewalt des Gläubigers befinden, so bedarf es zum Schutze einer erfolgreichen Geltendmachung des Retentionsrechtes gewisser besonderer Massnahmen. Bereits OR 294, Al. 3 sieht in dieser Beziehung vor: «Infolge seines Retentionsrechtes kann der Vermieter, wenn der Mieter wegziehen oder die in den gemieteten Räumen befindlichen

---

[1]) Der Entwurf des Bundesgesetzes zur Ergänzung des ZGB (ZGB 1320, Al. 1) schränkt das Retentionsrecht für den laufenden Mietzins auf einen Halbjahrszins ein (vergl. BBl. 1909, III, S. 725 ff., spez. S. 741 ff.).

[2]) Bei der Pacht behält der Entwurf zu ZGB 1336, Al. 3 — wie bisher OR 294, Al. 1 — das Retentionsrecht für den verfallenen und einen laufenden Jahreszins bei.

[3]) Ebenso Entwurf zu ZGB 1320, Al. 2.

[4]) Dem Sinne nach gleich Entwurf zu ZGB 1320, Al. 3 und 1321. Neu ist nur die im Entwurf zu ZGB 1321, Al. 2 aufgenommene Vorschrift, welche lautet: «Erfährt der Mieter während der Dauer der Miete, dass vom Mieter eingebrachte Sachen diesem nicht gehören, so erlischt sein Retentionsrecht an diesen Sachen, sofern er nicht den Mietvertrag auf das nächste offene Ziel kündet».

Sachen fortschaffen will, so viele Sachen mit Hülfe der zuständigen Amtsstelle zurückhalten, als zu seiner Deckung erforderlich sind.» [5])

Diesem Recht des Vermieters, das gemäss OR 297 auch für den Verpächter gilt, wird durch B 283 ein betreibungsrechtlicher Schutz zuteil in Form der Aufnahme des sog. Retentionsverzeichnisses durch das Betreibungsamt. In Verbindung damit stehen einige Spezialvorschriften über den Inhalt des Zahlungsbefehls bei der Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen.[6])

Über den Rahmen des betreibungsrechtlichen Schutzes hinaus gehen dagegen die Vorschriften betr. die Zurückbringung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände in die Miet- oder Pachträumlichkeiten. B 284 hat sie aus blossen Zweckmässigkeitsgründen aufgenommen.[7])

II. Das Retentionsverzeichnis.

Die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses soll den Vermieter oder den Verpächter gegen den Versuch einer Entziehung von Retentionsgegenständen seitens des Mieters oder Pächters schützen. Vermieter und Verpächter können nämlich, auch wenn die Betreibung noch nicht angehoben ist, zur einstweiligen Wahrung ihres Retentionsrechtes (OR 294, 295, 297) die Hülfe des Betreibungsamtes in Anspruch nehmen (B 283, Al. 1).

1. Voraussetzung dieser Rechtshülfe ist also vor allem ein Miet- oder Pachtverhältnis, dessen Bestehen dem in Anspruch genommenen Betreibungsbeamten auf Verlangen nachgewiesen werden muss. Nicht nötig ist dagegen begrifflich die Erbringung eines Beweises dafür, dass die Geltendmachung des Retentionsrechtes durch ein bestimmtes Verhalten des Mieters oder Pächters gefährdet wird.[8]) Jedoch

---

[5]) Dem Inhalte nach gleich Entwurf zu ZGB 1322, Al. 1.

[6]) Durch diese Massnahmen wird aber an Inhalt und Umfang des Retentionsrechtes selbst nichts geändert; vergl. BE XXIX (1), 13.

[7]) Der Entwurf zu ZGB 1322, Al. 2 versetzt diese Bestimmung in das materielle Recht, wohin sie sinngemäss gehört.

[8]) Ebenso Jaeger, Art. 283, Al. 2; vergl. A I, 72, II, 55.

liegt es in der Natur der Sache, dass diese Rechtshülfe nicht bloss zur Chikane verlangt werden darf. Eine solche wäre dann vorhanden, wenn der Vermieter oder Verpächter die Intervention des Betreibungsamtes anrufen würde, ohne dass er momentan einen Anspruch auf Exekution des Retentionsrechtes hat, und ohne dass der Mieter oder Pächter durch ein bestimmtes Verhalten eine künftige Vollstreckung desselben in Frage stellt. Wird daher die Wahrung des Retentionsrechtes für noch nicht fälligen Zins verlangt, so hat sich der Betreibungsbeamte von Amtes wegen zu überzeugen, ob äussere Gründe vorliegen, welche sein Einschreiten erfordern. Dies ergibt sich auch aus der oben zitierten Bestimmung in OR 294, Al. 3.[9])

2. Das Verfahren besteht darin, dass das Betreibungsamt ein Verzeichnis der dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenstände aufnimmt (B 283, Al. 3). Es bildet dies eine unaufschiebbare Massnahme zur Erhaltung von Vermögensgegenständen, welche gemäss B 56, Al. 1 auch während der geschlossenen Zeit, der Betreibungsferien und des Rechtsstillstandes vorgenommen werden kann (vergl. § 19, I, Ziff. 2, lit. b hievor, sowie die dort in Note 13 zit. Entscheide). Örtlich zuständig zur Aufnahme des Verzeichnisses ist dabei das Betreibungsamt desjenigen Ortes, wo die Retentionsgegenstände liegen.

a. Der Umfang des Retentionsverzeichnisses wird bestimmt durch denjenigen des zu schützenden Retentionsrechtes. Es sind deshalb nur diejenigen, aber alle diejenigen Gegenstände darin aufzunehmen, welche nach Vorschrift des Zivilrechtes retentionsweise haften, soweit sie überhaupt zur Deckung der Forderung notwendig sind.[10])

---

[9]) Ebenso BE XXX (1), 130, XXXI (1), 35; Jaeger, Art. 283, Al. 2 und v. Salis, Die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkurssachen, ZschwR, N. F. XII, 531 ff., spez. 597. Ein derartiges Verhältnis bildet z. B. der Verkauf der betr. Sachen zu Schleuderpreisen; vergl. BE XXVII (1), 42.

[10]) Die Aufnahme von Kompetenzstücken gegen den Willen des Mieters oder Pächters ist auch dann ausgeschlossen, wenn sie durch Spezialabkommen dem Retentionsrecht unterworfen wurden, indem das Betreibungsamt die Gültigkeit einer solchen Abmachung

b. Der äussere Vorgang der Aufnahme wird im Gesetze nicht geregelt. Dagegen liegt es in der Natur der Sache, dass er analog dem Pfändungsverfahren zu gestalten ist. Immerhin ist eine vorhergehende Anzeige an den Schuldner — entsprechend der Pfändungsankündigung — nicht erforderlich.[11])

c. Auch Form und Inhalt der Urkunde sind nicht gesetzlich umschrieben. Es ist deshalb ebenfalls eine Anlehnung an die Vorschriften über die Pfändungsurkunde geboten, wie denn auch hier eine Übermittlung von Abschriften an Gläubiger und Schuldner der Natur der Sache entspricht.[12])

d. Zur Sicherung des Verfahrens schreibt B 283, Al. 2 vor: «Ist Gefahr im Verzuge, so kann die Hülfe der Polizei oder der Gemeindebehörde nachgesucht werden.»

Diese Hülfeleistung wird namentlich in zwei Fällen nötig: Einmal dann, wenn sich der Schuldner der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses widersetzt und ferner dann, wenn bestimmte vom Schuldner vorgenommene Handlungen die Vermutung nahelegen, dass eine Anrufung des Betreibungsamtes zu spät käme. Im ersten Falle ist die Hülfe durch das Betreibungsamt zu verlangen, im zweiten durch den Gläubiger.

Die Polizei- und Gemeindebeamten sind von Gesetzes

---

nicht überprüfen kann; vergl. BE XXII, 56. Was als Kompetenzstück zu gelten hat, beurteilt sich ausschliesslich nach B 92; vergl. A VII, 104 Auch die Prüfung der materiellrechtlichen Voraussetzungen des Retentionsrechtes seitens des Betreibungsbeamten kann nur eine rein vorläufige sein, da auch diese Frage der Beurteilung durch den Richter unterliegt, welche der Schuldner im Betreibungsverfahren selbst durch Erhebung eines Rechtsvorschlages herbeiführen kann; vergl. BE XXII, 211, XXIX (1), 111 und dazu Jaeger, Art. 283, N. 6, v. Salis, a. a. O.. S. 598.

[11]) Ebenso Jaeger, Art. 283. N. 6; A II, 85.

[12]) Ebenso Jaeger, Art. 283, N. 6; A I, 55, 72. Jedenfalls aber ist dies der Natur der Sache nach für die Gültigkeit des aufgenommenen Verzeichnisses nicht erforderlich und kann jederzeit nachgeholt werden; vergl. BE XXIII, 211. Immerhin beginnt für den Schuldner die Beschwerdefrist erst dann, wenn er von der Aufnahme amtlich Kenntnis erhielt; vergl. BE XXVI (1), 70.

wegen zur Hülfeleistung verpflichtet. Die letztere hat aber lediglich in der Sorge dafür zu bestehen, dass das Betreibungsamt die Aufnahme des Verzeichnisses ordnungsgemäss durchführen kann. Die Polizei- und Gemeindeorgane haben deshalb nicht etwa selbst die Urkunde aufzunehmen, sondern nur eine Wegschaffung der Sachen zu verhindern. Es liegt ihnen somit auch nicht eine Prüfung der Frage ob, inwiefern die Voraussetzungen der Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses gegeben sind. Dies ist vielmehr ausschliesslich Sache des Betreibungsbeamten, gegen welchen allein auch allfällige Beschwerden zu richten sind.[13])

3. Die rechtliche Natur des Retentionsverzeichnisses und seiner Aufnahme ist nicht diejenige einer eigentlichen Vollstreckungshandlung, sondern nur die eines betreibungsrechtlichen Sicherungsmittels. Der Gläubiger erwirbt durch die Aufnahme des Verzeichnisses weder einen materiellrechtlichen, noch auch einen betreibungsrechtlichen Anspruch, welchen er nicht schon früher besass. Es soll ihm vielmehr lediglich die tatsächliche Möglichkeit gewahrt werden, seine Rechte später auf dem Betreibungswege geltend zu machen. Hieraus ergeben sich verschiedene Schlussfolgerungen:

a. Der Schuldner verliert durch die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses seine Verfügungsgewalt über die retinierten Gegenstände nicht. B 96 ist also nicht analog anwendbar. Dagegen kann sich der Gläubiger einer Wegschaffung der Sache widersetzen und, wenn dieselbe heimlich oder gewaltsam geschah, die in B 284 vorgesehenen Massnahmen behufs Rückbringung verlangen (vergl. unten III).

b. Eine Beschlagnahmung und eine amtliche Verwahrung der Gegenstände, wie sie B 98 für die Pfändung vorsieht, findet hier in keinem Falle statt.[14])

c. Drittpersonen, welche dingliche Rechte an den

---

[13]) Ebenso Jaeger, Art. 283, N. 4.

[14]) Ebenso BE XXIX (1), 13. Unrichtig A X, 68, wo die Verwahrung als zulässig erklärt wird. Unter keinen Umständen darf ein Notverkauf gemäss B 124, Al. 2 erfolgen; vergl. BE XXXIII (1), 144.

Retentionsgegenständen beanspruchen, können sich der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses nicht widersetzen, da ihre eigenen Rechte durch diese Massregel nicht beeinträchtigt werden. Ein Widerspruchsverfahren gemäss B 106, 109 findet daher hier nicht statt.[15])

4. Die Wirkungsdauer des Retentionsverzeichnisses wird im Gesetz zeitlich beschränkt. Da nämlich die ganze Institution lediglich den Zweck verfolgt, dem Gläubiger eine faktische Sicherung für die Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung zu bieten, so kann auch von ihm verlangt werden, dass er diese Betreibung wirklich beginne. Das Betreibungsamt setzt ihm daher eine Frist zur Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung an (B 283, Al. 3). Diese Frist, deren Bemessung dem Betreibungsbeamten überlassen wird, ist in jedem Fall so einzurichten, dass es dem Gläubiger nach den tatsächlichen Verumständungen wirklich möglich ist, das Betreibungsbegehren zu stellen.[16])

Die Wirkung dieser Befristung wird im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Sie kann aber nur darin bestehen, dass mit ihrem unbenützten Ablauf das Retentionsverzeichnis dahinfällt.[17]) Die Befristung erstreckt sich aber einzig und

---

[15]) Ebenso Reichel, Art. 283, N. 5; BE XXVIII (1), 16. Gegenteilige Ansicht BE XXVI (1), 68. Unentschieden BE XXVIII (1), 56, wo allerdings richtig hervorgehoben wird, dass nicht etwa der Betreibungsbeamte von sich aus über den Anspruch des Dritten urteilen darf. Solche Ansprüche sind vielmehr erst nach der Stellung des Verwertungsbegehrens seitens des Gläubigers zu beurteilen. (B 155, Al. 1; vergl. dazu § 39, II, Ziff. 2, lit. b, cc hievor.)

[16]) Hierauf ist namentlich dann Rücksicht zu nehmen, wenn das Rententionsrecht für noch nicht fällig gewordene Miet- und Pachtzinse verlangt wurde. Es darf hier also die Frist nicht vor Eintritt der Fälligkeit auslaufen. So richtig Jaeger, Art. 283, N. 7, A V, 104. Reichel, Art. 283, N. 4 und Hafner, Kommentar zum OR, 2. Aufl., Art. 294, N. 10 wollen in diesem Falle gar keine Fristansetzung zulassen.

[17]) Die Frist gilt nur dann als eingehalten, wenn der Gläubiger wirklich Betreibung auf Pfandverwertung erhebt. Ebenso Jaeger, Art. 283, N. 7; vergl. BE XXVI (1), 25. Würde umgekehrt eine Fristansetzung unterlassen, so bleibt die Wirkung des Retentionsverzeichnisses bis zur faktisch erfolgten Betreibung bestehen; vergl. BE XXVII (1), 101.

allein auf die Anhebung der Betreibung als solche. Erhebt der Schuldner nach Zustellung des Zahlungsbefehls Rechtsvorschlag, so wird dem Gläubiger zur Beseitigung desselben nach dem Wortlaut des Gesetzes keine besondere Frist gesetzt.[18])

5. Die Anhebung der Betreibung behufs Realisierung des Retentionsrechtes ist an und für sich an keine besonderen Vorschriften geknüpft. Immerhin muss schon aus dem Zahlungsbefehl hervorgehen, dass es sich dabei um eine Betreibung dieser Art handelt. Verordnung Nr. 1, Art. 12 sieht denn auch ein besonderes Formular dafür vor.[19])

Mit diesem Zahlungsbefehl — und nur mit diesem — kann der Gläubiger die Exmissionsandrohung wegen Zahlungsverzuges verbinden lassen.[20]) B 282, Al. 1 schreibt darüber vor: «Bei der Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen ist auf Verlangen des Gläubigers im Zahlungsbefehl die in den Art. 287 und 312 OR erwähnte Androhung aufzunehmen und derselben beizufügen, dass nach Ablauf der gesetzlichen Frist der Gläubiger von der

---

[18]) In ihrem Kreisschreiben vom 12. Juli 1909 (abgedruckt Monatsblätter II, 131 ff.) nimmt jedoch die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer an, dass das Gesetz in dieser Beziehung eine Lücke aufweise, welche durch analoge Anwendung der Bestimmung in B 278, Al. 2 zu ergänzen sei. Der Schuldner kann deshalb verlangen, dass dem Gläubiger durch den Betreibungsbeamten eine Frist von zehn Tagen angesetzt werde, um entweder die Klage auf Anerkennung der Forderung, bezw. des Retentionsrechtes anzustellen, oder Rechtsöffnung zu verlangen. Wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen, so hat der Gläubiger binnen zehn Tagen den ordentlichen Prozess anzuheben. In beiden Fällen wird durch Nichteinhaltung der Frist die Wirkung des Retentionsverzeichnisses hinfällig. Ich halte diese Praxis für ungesetzlich, und auch die Kammer selbst hat noch in einem Entscheid in BE XXXIII (1), 73 die Nichtansetzung einer Frist in B 283 als vom Gesetzgeber gewollt bezeichnet.

[19]) Wegen Verwendung eines unrichtigen Formulars für den Zahlungsbefehl kann aber nur der Gläubiger, nicht etwa der Schuldner Beschwerde führen; vergl. BE XXVI (1), 70.

[20]) Die einmal angehobene Betreibung auf Pfandverwertung kann nicht etwa nachträglich unter Verzicht auf das Retentionsrecht, auf Pfändung fortgesetzt werden; vergl. BE XXX (1), 123.

zuständigen Behörde die sofortige Ausweisung des Mieters oder Pächters verlangen könne» (vergl. § 23, II, Ziff. 3 hievor).[21]) Dabei wird allerdings unter Umständen, um den materiellrechtlichen Vorschriften gerecht zu werden, eine Verkürzung der in B 69, Ziff. 3 vorgesehenen Frist zur Anbringung des Rechtsvorschlages notwendig. Dieselbe ist auf drei Tage herabzusetzen in denjenigen Fällen, in welchen OR 287 dem Vermieter für die Auflösung des Mietvertrages die Ansetzung einer Frist von sechs Tagen gestattet (B 282, Al. 2).

Will der Schuldner die gesetzliche Zulässigkeit der soeben erwähnten Spezialmassnahmen bestreiten, so hat er dies nicht auf dem Beschwerdewege, sondern durch Rechtsvorschlag zu tun. Die Vollstreckungsbehörden haben weder zu prüfen, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines Retentionsrechtes gegeben sind,[22]) noch auch, ob die Rechtsvorschlagsfrist richtig berechnet wurde, da es sich dabei nicht um betreibungsrechtliche Fragen handelt.[23])

Ebensowenig aber ist die Exmission selber eine betreibungsrechtliche Funktion. B 23, Ziff. 2 trägt allerdings den Kantonen die Bezeichnung der zur Ausweisung von Mietern und Pächtern zuständigen Behörden auf.[24]) Die

---

[21]) Die grundlegenden materiellrechtlichen Bestimmungen bleiben auch im Entwurf zu ZGB 1311 und 1341 die nämlichen.

[22]) Ebenso BE XXX (1), 73.

[23]) Vergl. BE XXIV (1), 75 und dazu Jaeger, Art. 282, N. 4. Dabei erhebt sich allerdings sowohl hier als auch im Falle einer Bestreitung des Retentionsrechtes die Frage, auf welche Weise der Rechtsvorschlag beseitigt werden kann. Eine Rechtsöffnung ist natürlich nur möglich, sofern die durch B 80 und 82 genannten Voraussetzungen gegeben sind. Da aber die Feststellung des Retentionsrechtes regelmässig weder in einem gerichtlichen Urteil, noch auch in einer Schuldanerkennung liegen wird, so ist hier der Zivilprozessweg gemäss B 79 einzuschlagen. Dabei handelt es sich um eine gewöhnliche obligationenrechtliche Klage aus dem Miet- und Pachtverhältnis. Ebenso Reichel, Art. 282, N. 4. In prozessualer Hinsicht steht es den Kantonen frei, für die Beurteilung von Exmissionsstreitigkeiten ein besonderes Prozessverfahren vorzusehen; vergl. BE XXXI (1), 41, 129; dazu Jaeger, Art. 282, N. 6. Irgendwelche betreibungsrechtliche Bedeutung hat diese Frage nicht.

[24]) Vergl. die Aufzählung bei Reichel, Art. 23, Ziff. 2; Brand und Wasem, S. 91 ff.

letztern stellen aber keine Betreibungsorgane dar; ihre Verfügungen können deshalb auch nicht im Beschwerdeweg vor die Aufsichtsbehörde gebracht werden (vergl. § 9, II, Ziff. 1, lit. b hievor).

III. Die Rückschaffung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände.

B 284 schreibt vor: «Wurden Gegenstände heimlich oder gewaltsam fortgeschafft, so können dieselben in den ersten zehn Tagen nach der Fortschaffung mit Hülfe der Polizeigewalt in die vermieteten oder verpachteten Räumlichkeiten zurückgebracht werden. Rechte gutgläubiger Dritter bleiben vorbehalten. Ueber streitige Fälle entscheidet der Richter im beschleunigten Prozessverfahren.»

1. Ihrer rechtlichen Natur nach handelt es sich hier um eine materiellrechtliche Vorschrift, welche bezweckt, das Retentionsrecht, wie es im OR dem Vermieter und Verpächter garantiert wird, zu schützen (vergl. oben I).

Betreibungsrechtliche Bedeutung kann ihr aber nach zwei Richtungen hin zukommen:

a Sofern es sich darum handelt, die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses über heimlich oder gewaltsam fortgeschaffte Gegenstände zu ermöglichen. In diesem Sinne stellt B 284 eine Ausdehnung der Bestimmung in B 283, Al. 2 dar (vergl. oben II, Ziff. 2, lit. d).

b. Die Rückschaffung der genannten Gegenstände kann aber auch erfolgen zur Erhaltung der praktischen Wirkung eines bereits aufgenommenen Retentionsverzeichnisses. Dies ist der Fall, sofern die Fortschaffung nach der Aufnahme des Verzeichnisses geschah. Hier handelt es sich somit um eine Ergänzung der Vorschrift in B 283, Al. 3 (vergl. oben II, Ziff. 2).

2. Die Voraussetzungen der Rückschaffung sind dreifacher Natur:

a. Die Fortschaffung der Gegenstände muss heimlich oder gewaltsam erfolgt sein, d. h. der Gläubiger seinerseits darf weder ausdrücklich noch stillschweigend in die Fortschaffung eingewilligt haben, und er muss durch die Art und Weise der letztern verhindert worden sein,

die Hülfe des Betreibungsamtes gemäss B 283, Al. 1 oder diejenige der Polizei- oder Gemeindebehörden gemäss B 283, Al. 2 behufs Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses in Anspruch zu nehmen.[25])

b. Die Zurückbringung kann nur in den ersten zehn Tagen nach der Fortschaffung erfolgen. Trotz des Wortlautes in B 284 darf man wohl annehmen, dass es genügt, wenn binnen zehn Tagen die Rückschaffungsverfügung erwirkt wird. Die Gültigkeit der getroffenen Verfügung fällt also nicht dahin, wenn die Gegenstände nicht innerhalb der zehntägigen Frist wieder am alten Orte angelangt sind.[26])

c. Es dürfen einer Rückschaffung keine Rechte gutgläubiger Dritter entgegenstehen, indem dieselben in B 284 ausdrücklich vorbehalten werden.

Hat demnach ein Dritter gutgläubig, d. h. ohne die Rechte des Vermieters oder Verpächters zu kennen oder kennen zu müssen, solche dingliche Rechte an der Sache erworben, welche mit einer Realisierung des Retentionsrechtes nicht vereinbar wären, so kann die Rückschaffung nicht mehr erfolgen.[27])

3. Das Rückschaffungsverfahren ist nicht betreibungsrechtlicher, sondern verwaltungsrechtlicher Natur. Es wird mit Hülfe der Polizeigewalt durchgeführt.[28]) Was für

---

[25]) Vergl. auch BE XXI, 111; A III, 33 (Zürich); Jaeger, Art. 284, N. 2.

[26]) Ebenso Jaeger, Art. 284, N. 4; A II, 118 (Graubünden). Brüstlein ibidem verlangt, dass die Rückschaffung binnen zehn Tagen wenigstens so weit gediehen sein muss, dass die Gegenstände zwar nicht an Ort und Stelle, jedoch wieder in der Verfügungsgewalt des Gläubigers oder des Betreibungsamtes sind. BE XXXI (1), 62 nimmt an, dass, wenn zur Zeit der Wegschaffung ein Retentionsverzeichnis bereits aufgenommen war, die Rückschaffung jederzeit zulässig sei. Nicht hieher gehört natürlich der Fall, wo das Betreibungsamt selbst eine Fortschaffung anordnete; vergl. A X, 68

[27]) Ebenso BE XXI, 111. Die Beweislast liegt nicht dem Dritten ob, sondern dem Gläubiger, welcher die Rückschaffung verlangt. Dieser Beweis braucht jedoch nicht ein direkter zu sein. Es genügt der Nachweis von Tatsachen, die den guten Glauben des Dritten als zweifelhaft erscheinen lassen.

[28]) Dies setzt voraus, dass die Gegenstände noch im Bereich

Organe dabei in Betracht kommen, bestimmt das kantonale Verwaltungsrecht. Die Polizeibehörden des Ortes, wohin die Gegenstände gebracht wurden, sind aber in jedem Fall bundesrechtlich zur Hülfeleistung verpflichtet. Diese Hülfeleistung ist regelmässig nicht durch den Gläubiger direkt, sondern durch Vermittlung des Betreibungsamtes nachzusuchen, sofern das Retentionsverzeichnis bereits aufgenommen war, es sich also lediglich um die Aufrechterhaltung seiner Wirkungen handelt (vergl. oben Ziff. 1, lit. b). War dagegen die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses zur Zeit der Aufnahme noch nicht erfolgt, so hat der Gläubiger einfach die Aufnahme zu verlangen unter Angabe des Tatbestandes gemäss B 284.[29]) Die Polizeibehörde hat ohne Überprüfung der materiellrechtlichen und betreibungsrechtlichen Voraussetzungen die verlangte Rechtshülfe zu gewähren, wobei sie hinsichtlich der Form der Gewährung an die Vorschriften ihres positiven Verwaltungsrechtes gebunden ist. Eine Beschwerdeführung gegen sie kann niemals an die in B vorgesehenen Aufsichtsbehörden, sondern lediglich an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde des betreffenden Organs in den durch das kantonale Recht vorgesehenen Fällen und Formen erfolgen. Sie kann sich also niemals auf die Behauptung einer Verletzung der Bestimmungen in B 284 stützen. Vielmehr bezieht sie sich lediglich auf die äussere Art und Weise der geschehenen Rückschaffung. Über streitige Fälle entscheidet der Richter. Hierunter ist jeder Streit über die Berechtigung zum Vorgehen gemäss B 284 zu verstehen, gleichviel, ob es sich abspielt zwischen Gläubiger und Schuldner oder zwischen Gläubiger und Drittpersonen.[30])

Klagend hat derjenige aufzutreten, der sich der getroffenen Verfügung widersetzen will, also entweder der Schuldner oder der Dritte. Beklagter ist immer der Gläubiger, welcher das Verfahren verlangte.[31])

---

der staatlichen Gewalt, also im Inlande sind; vergl. Reichel, Art. 284, N. 6; Monatsbl. für bern. Rechtssprechung, XIV, 209.

[29]) Ebenso Jaeger, Art. 284, N. 5.

[30]) Ebenso Jaeger, Art. 284, N. 8.

[31]) Nicht in diesem Verfahren ist dagegen ein Streit über den

Der Streit wird in beschleunigtem Prozessverfahren geführt (vergl. § 11, II, Ziff. 2 hievor). Eine zivilrechtliche Berufung an das Bundesgericht ist zulässig (OG 63, Ziff. 4; vergl. § 11, III, Ziff. 1 hievor).

VII. Kapitel.

Der Konkurs.

Erster Unterabschnitt.

Allgemeine Grundlagen.

§ 41.

Wesen und rechtliche Natur.

I. Der Begriff.

Der Konkurs ist diejenige Art der schuldbetreibungsrechtlichen Zwangsvollstreckung, welche auf dem Prinzip der Generalexekution beruht. Dies zeigt sich einerseits in der Generalität des Vollstreckungssubstrates und andererseits in der Generalität des Vollstreckungsobjektes.

1. Die Generalität des Vollstreckungssubstrates macht sich darin geltend, dass — im Gegensatz zu der Betreibung auf Pfändung und derjenigen auf Pfandverwertung — die Vollstreckung nicht in bestimmte einzelne Vermögensstücke, sondern in das ganze Vermögen des Schuldners durchgeführt wird. Der Schuldner wird ausser Beziehung zu seinem Vermögen gesetzt, und das letztere wird amtlich liquidiert.

2. Diese Vermögensliquidation bringt aber auch ohne weiteres die Generalität des Vollstreckungsobjektes mit sich. Die Liquidation eines ganzen Vermögens kann nämlich der Natur der Sache nach nicht in einer blossen Realisierung der vorhandenen Aktiven bestehen; es müssen vielmehr zugleich auch die den Aktivposten gegenüber-

---

Bestand, bezw. die Rechtsgültigkeit des Retentionsrechtes und der ihm zu Grunde liegenden Forderung zu führen. Die Bestreitung der letztern geschieht vielmehr durch Rechtsvorschlag, worauf dann der Gläubiger gemäss B 79 Klage zu erheben hat (vergl. oben II, Ziff. 5 und dazu Jaeger, Art. 284, N. 8).

stehenden oder ihnen sogar anhaftenden Passiven liquidiert werden. Dies erfordert, dass hier — im Gegensatz zu der Spezialexekution — die Vollstreckung nicht zu Gunsten einzelner, sondern aller Gläubiger des betriebenen Schuldners durchgeführt wird. Vollstreckungsobjekte sind deshalb hier sämtliche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber dem Schuldner (Gemeinschuldner) bestehenden und nach gesetzlicher Vorschrift geltend gemachten Forderungen.[1])

3. Aus den beiden soeben erwähnten Elementen setzt sich denn auch der Begriff des Konkurses zusammen. Derselbe lässt sich umschreiben als die amtliche Durchführung der Vollstreckung sämtlicher im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner vorhandener und nach gesetzlicher Vorschrift angemeldeter Ansprüche in das gesamte realisierbare Vermögen des letztern.

II. Die Voraussetzungen des Konkurses.

Zur Herbeiführung des Konkurses bedarf es einer bestimmten Veranlassung, nämlich desjenigen Tatbestandes, welcher nach gesetzlicher Vorschrift die amtliche Liquidation des schuldnerischen Vermögens bedingt (Konkursgrund).

Allgemein gesprochen unterscheidet man zwischen materiellen und formellen Konkursgründen.

Der materielle Konkursgrund wird gebildet durch einen bestimmten äussern Tatbestand, dessen Vorhandensein nach gesetzlicher Vorschrift die Herbeiführung des Konkurses gestattet. Dieser Tatbestand beruht regelmässig in einer Vermögenslage oder in einer Handlungsweise des Schuldners, welche die Möglichkeit einer vollständigen Befriedigung seiner Gläubiger als zweifelhaft erscheinen lassen.

Unter formellem Konkursgrund ist ein gesetzlich umschriebenes Verfahren zu verstehen, dessen erfolgreiche Durchführung den Eintritt des Konkurses — ganz abgesehen von der Vermögenslage des Schuldners — zum Zweck und zur Folge hat.

---

[1]) Von dieser gemeinsamen Bewerbung aller Gläubiger um ihre Befriedigung (concursus creditorum) rührt auch die Bezeichnung Konkurs her; vergl. Hellmann, Lehrbuch des Konkursrechtes, 1907, S. 1.

Der Struktur des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes entspricht das Vorwiegen der formellen Konkursgründe. Wie für jede andere Art der Zwangsvollstreckung, ist auch für die Herbeiführung des Konkurses regelmässig erste Bedingung die Durchführung des Einleitungsverfahrens (vergl. Kap. IV hievor), wodurch die Stellungnahme des Schuldners zur betreibungsrechtlichen Geltendmachung des Gläubigeranspruches festgestellt werden soll. Der Konkurs bildet dabei nichts anderes, als die Fortsetzung des ordentlichen Schuldbetreibungsverfahrens, wie sie gegenüber solchen Schuldnern stattfinden soll, welche die Eigenschaft der Konkursfähigkeit (vergl. § 15, IV, Ziffer 2 hievor) besitzen (B 38, Al. 2; vergl. § 1, I hievor). An das erfolgreich durchgeführte Einleitungsverfahren schliesst sich daher als Fortsetzung ein weiteres Verfahren an, dessen Zweck und Resultat die Erkennung des Konkurses seitens des zuständigen Gerichtes bildet (ordentliche Konkursbetreibung; vergl. § 43 hienach). Beruht die Forderung des Gläubigers auf einem Wechsel oder Check, so ist zur Herbeiführung des Konkurses ein besonderes Verfahren vorgesehen (Wechselbetreibung; vergl. § 44 hienach).

Ausnahmsweise aber kann die Konkurseröffnung auch auf Grund bestimmter äusserer Tatbestände erkannt werden, ohne dass es hiezu eines betreibungsrechtlichen Verfahrens bedürfte (Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung; vergl. § 45 hienach). Hiebei ist teilweise nicht einmal das Vorhandensein der Konkursfähigkeit in der Person des Schuldners erforderlich.

III. Die Aeusserungen des Konkurses.

Der Konkurs als Generalexekution in das gesamte Vermögen des Schuldners äussert seine rechtlichen Wirkungen sowohl in materiellrechtlicher als auch in formeller Richtung.

1. In materiellrechtlicher Beziehung erheischen die praktischen Bedürfnisse der Generalexekution eine gewisse Einwirkung der Konkurseröffnung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse am Aktiv- und Passivvermögen des Gemeinschuldners, d. h. auf die diesem zustehenden Rechte einerseits und auf die Gläubigeransprüche andererseits,

einschliesslich der Rangordnung der letztern im Konkurs. Diese Einwirkung geht teilweise bis zur Abänderung, bezw. Aufhebung bestimmter Grundsätze des allgemeinen Zivilrechtes. Mit Rücksicht auf diese Wirkungen bezeichnet man den einschlägigen Teil der konkursrechtlichen Vorschriften als das materielle Konkursrecht oder das Konkursrecht schlechtweg.[2])

2. Die formellrechtlichen Aeusserungen des Konkurses beziehen sich auf die amtliche Durchführung des letztern. Dieselbe erfordert:

a. Eine Feststellung des Konkurssubstrates und des Konkursobjektes, d. h. des in Betracht kommenden Vermögens des Schuldners nach der aktiven und passiven Seite hin;

b. die Verwaltung der Konkursmasse;

c. die Verwertung der Konkursaktiven;

d. die Verteilung eines allfälligen Erlöses unter die Gläubiger.

IV. Die rechtliche Natur des Konkurses.

Die rechtliche Natur des Konkurses, und speziell die für die Konkursgläubiger daraus entstehenden Rechte, haben — namentlich in der deutschen Rechtswissenschaft[3]) — zu zahlreichen theoretischen Konstruktionen und Kontroversen Anlass gegeben, welche dazu dienen sollten, gewisse Vorschriften des positiven Konkursrechtes zu interpretieren oder bestimmte Lücken desselben auszufüllen.

Die durch die frühere gemeinrechtliche Lehre vertretene Auffassung, wonach mit der Konkurseröffnung ein Uebergang der Aktiven des Schuldners an seine Gläubiger, bezw. eine Hingabe derselben an Zahlungsstatt erfolgen würde, darf wohl heute — mit Rücksicht auf die klaren Bestimmungen des positiven Rechtes hierüber — als allgemein verlassen gelten.

Dagegen hält eine starke Gruppe von Autoren dafür,

---

[2]) Vergl. die Ueberschrift in B. VI. Titel; ferner Fitting, das Reichskonkursrecht- und Konkursverfahren, 3. Aufl., 1904, S. 23 ff.

[3]) Vergl. darüber Hellmann, Lehrbuch S. 622 ff., sowie die dort in Note 1 zit. Autoren.

dass die Konkurseröffnung eine besondere Verstärkung des Gläubigeranspruches, d. h. der im Konkurs geltend gemachten Forderung, in Gestalt eines dinglichen Rechtes auf Befriedigung aus den vorhandenen Aktiven des Gemeinschuldners bewirke. Dieses Recht wird in der Literatur als Pfandrecht oder als pfandrechtähnliches Beschlagsrecht oder endlich als dingliches Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gläubigers bezeichnet.[4])

Von anderer Seite dagegen wird jede dingliche Einwirkung der Konkurseröffnung auf das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner, bezw. auf die geltend zu machenden Forderungsansprüche, in Abrede gestellt.[5])

Im schweizerischen Recht stellt der Konkurs regelmässig eine bestimmte Vollstreckungsart der allgemeinen Schuldbetreibung dar (B 38, Al. 2; vergl. oben II). Er beruht somit auf formeller Grundlage. Sein einziger Zweck ist — wie derjenige der Schuldbetreibung überhaupt — die Befriedigung des Gläubigers für seine Forderung im Wege eines Zwangsvollstreckungsverfahrens. Dieses Verfahren wird amtlich eingeleitet und vollständig unter amtlicher Kontrolle durchgeführt. Wenn dabei auch an Stelle der beamteten Durchführungsorgane solche treten können, welche durch die Mehrheit der Konkursgläubiger bezeichnet oder gebildet werden, so wird dadurch die amtliche Oberleitung und Kontrolle nicht beeinträchtigt. Dem einzelnen Konkursgläubiger sind lediglich zwei Befugnisse reserviert: einerseits eine Art Mitwirkungsrecht hinsichtlich der zu treffenden Massnahmen des Verfahrens; andererseits der Anspruch auf Berücksichtigung seiner Forderung bei der Liquidation. Dagegen erwähnt das Gesetz nirgends auch nur die Spur einer dinglichen Herrschaft des Gläubigers über die

[4]) Vergl. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes, 1891, S. 98 ff., von welchem auch die Bezeichnung „Beschlagsrecht" stammt. In gleichem Sinne Hellmann, Lehrbuch, S. 625 ff. und die dort S. 624, Note 2 angegebenen Autoren.

[5]) Vergl. Fitting, a. a. O., S. 29, Note 7; Jaeger, Die Konkursordnung, 2. Aufl., 1904, § 3, Note 42. In diesem Sinn entscheidet auch das deutsche Reichsgericht; vergl. Entscheidungen in Zivilsachen, Bd. 46, S. 167.

Gegenstände der Konkursmasse, bezw. das schuldnerische Vermögen. Im Gegenteil, wo die Hereinziehung einer in Drittmannshand befindlichen Sache des Gemeinschuldners in die Konkursmasse, die Geltendmachung einer dem Gemeinschuldner zustehenden Forderung, die Anfechtung einer durch den Gemeinschuldner zum Nachteil seiner Gläubiger vorgenommenen Rechtshandlung in Frage steht, überall ist der einzelne Konkursgläubiger als solcher ausgeschaltet, und es haben lediglich die mit der Durchführung des Verfahrens gesetzlich betrauten Organe diejenigen Massnahmen zu treffen, welche zur Heranziehung des gesamten schuldnerischen Vermögens notwendig sind.

Unter solchen Umständen hätte offenbar die Konstruktion eines dinglichen Gläubigerrechtes am Vermögen des Gemeinschuldners keinen praktischen Wert. Keine einzige Aeusserung des Verfahrens liesse sich daraus erklären. Wie bei der Betreibung auf Pfändung, haben wir daher auch hier einfach eine amtliche Beschlagnahmung des schuldnerischen Vermögens zwecks Befriedigung der in Betracht fallenden Gläubiger vor uns (vergl. § 29, III hievor). Das Recht des einzelnen Konkursgläubigers besteht im Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz, d. h. auf Berücksichtigung seiner angemeldeten Forderung bei der Durchführung des Konkurses nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften und im Umfange des amtlich zugelassenen, bezw. festgestellten materiellen Forderungsrechtes.

§ 42.

Internationale Rechtsbeziehungen im Konkurs.[1])

I. Begriff und Arten.

Die Natur des Konkurses als einer Generalexekution legt hier dringlicher als bei andern Arten der Zwangsvollstreckung die Frage nach internationalen Rechtsbeziehungen nahe.

[1]) Vergl. § 3, V hievor; Meili, Lehrbuch des internationalen Konkursrechtes, 1909; Meili, Moderne Staatsverträge über das internationale Konkursrecht, 1907; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes, S. 601 ff.; Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes, S. 647 ff.; Rintelen, Das österreichische Konkursrecht, 1910, S. 370 ff.



1. Durch den Konkurs sollen alle gegenüber dem Gemeinschuldner in einem gewissen Zeitpunkte bestehenden und angemeldeten Forderungen vollstreckt werden. Es erhebt sich deshalb vor allem die Frage, einerseits ob und inwieweit eine solche Exekution gegenüber einem ausländischen oder im Ausland wohnenden Schuldner durchgeführt werden kann, und andererseits ob und mit was für Forderungen ein ausländischer Gläubiger daran teilnehmen kann (internationale Rechtsbeziehungen hinsichtlich des Subjektes und des Objektes des Konkurses).

2. Im Konkurs soll aber im fernern das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners liquidiert werden. Es ist deshalb festzustellen, ob und inwieweit das im Ausland gelegene Vermögen des Schuldners in einen inländischen Konkurs einbezogen werden kann und umgekehrt (internationale Rechtsbeziehungen hinsichtlich des Konkurssubstrates).

3. Endlich frägt es sich, nach welchen Rechtsgrundsätzen in derartigen Fällen das Verfahren zu regeln ist (internationale Rechtsbeziehungen hinsichtlich des Verfahrens).

II. Die internationalen Rechtsbeziehungen hinsichtlich des Subjektes und des Objektes des Konkurses.

Die internationale Rechtsstellung des Betreibungssubjektes und -objektes wird im Konkurs teils direkt oder indirekt durch B, teils aber auch durch staatsvertragliche Bestimmungen geregelt.

1. Ueber einen ausländischen, bezw. im Ausland wohnenden Schuldner kann in der Schweiz der Konkurs nur erkannt und durchgeführt werden, wenn bei ihm die allgemeinen Voraussetzungen einer Konkurseröffnung zutreffen. Hiezu ist notwendig:

a. dass er gemäss B 39 und 40 überhaupt der Konkursbetreibung unterliegt, oder dass in seiner Person ein Grund zur Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung gemäss B 190 ff. zutrifft, welcher nicht das Requisit der persönlichen Konkursfähigkeit erheischt (vergl. § 15, IV, Ziff. 2 hievor);

b. dass für ihn ein Betreibungsort gemäss B 46 ff. vorhanden ist, an welchem nach gesetzlicher Vorschrift der Konkurs eröffnet werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn mit Bezug auf den betreffenden Schuldner in der Schweiz nur der Betreibungsort des Arrestes gegeben ist, da B 52 eine Konkurseröffnung an diesem Orte ausdrücklich verbietet (vergl. § 17, IV, Ziff. 6 hievor). Dagegen kann ein im Ausland wohnender Schuldner, welcher in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung und somit einen Betreibungsort gemäss B 50, Al. 1 besitzt, hier — sofern die übrigen Voraussetzungen zutreffen — auch in Konkurs fallen.

Eine Ausnahme von dem letztern Grundsatz statuiert Art. 6, Al. 1 des Gerichtsstandsvertrages mit Frankreich vom 15. Juni 1869. Dort wird vorgeschrieben: «Der Konkurs über einen Franzosen, der in der Schweiz ein Handelsgeschäft hat, kann von dem Gerichte seines Wohnortes in der Schweiz, und umgekehrt kann der Konkurs über einen Schweizer, der in Frankreich ein Handelsgeschäft hat, von dem Gerichte seines Wohnortes in Frankreich ausgesprochen werden» (Prinzip der Einheit des Konkurses). Doktrin und Praxis legen diesen durchaus nicht klar gefassten Grundsatz so aus, dass, wenn der Gemeinschuldner in einem der Vertragsstaaten seine Hauptniederlassung, im andern bloss eine Zweigniederlassung besitzt, der Konkurs nur am Ort der Hauptniederlassung eröffnet werden darf.[2])

In gleicher Weise wird die «Allgemeinheit des Kon-

---

[2]) In diesem Sinne auch BE XV, 79, XXI, 8; Meili, Lehrbuch, S. 262 ff.; Meili, Staatsverträge, S. 40 ff.; Lyon-Caen et Renault, traité de droit commercial, VIII, No. 1314. Als Gemeinschuldner im Sinne des Staatsvertrages kommen nicht nur physische, sondern auch juristische Personen sowie Gesellschaften in Betracht; vergl. BE XXX (1), 14. Für den Fall, dass der Gemeinschuldner weder Schweizer noch Franzose ist, sondern einem dritten Staate angehört, würde es allerdings streng genommen an der Anwendbarkeit des Grundsatzes fehlen (arg. Art. 9 des Vertrages). Die schweizerische Doktrin und Praxis nimmt sie aber dennoch als gegeben an; vergl. Meili, Lehrbuch, S. 264; BE XII, 13.

kursgerichtstandes in dem Wohnort des Gemeinschuldners» anerkannt in der Übereinkunft zwischen der schweiz. Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg betr. die Konkursverhältnisse vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826, Art. 1.[3])

Wo nach Massgabe des schweizerischen Rechtes ein Konkurs hier eröffnet werden kann und nicht staatsvertragliche Bestimmungen etwas anderes vorschreiben, haben die schweizerischen Behörden auf einen im Ausland zugleich eröffneten Konkurs keine Rücksicht zu nehmen.

2. Darüber, ob auch ein ausländischer bezw. ein im Ausland wohnender Gläubiger mit seiner Forderung in einem schweizerischen Konkurs zuzulassen ist, enthält B keinerlei Vorschriften. Gerade aus diesem Stillschweigen des Gesetzes aber ist der Schluss zu ziehen, dass eine Gleichstellung mit dem inländischen Gläubiger zu erfolgen hat,[4]) sofern nicht etwa der Fall der Retorsion vorliegt.[5])

In verschiedenen Staatsverträgen wird übrigens diese Gleichbehandlung ausdrücklich zugesichert (vergl. Übereinkunft mit Württemberg, Art. 2, Übereinkunft mit Bayern vom 11. Mai/27. Juni 1834, Übereinkunft mit Sachsen vom 4./18. Februar 1837, Art. 1, Niederlassungs- und Konsularvertrag mit Italien vom 23. Juni 1868, Art. 8).[6]) Dabei versteht es sich von selbst, dass die Gleichstellung der Ausländer nicht bloss

---

[3]) Diesen Sinn legt dem Vertrage auch BE XXX (1), 15 bei, wo zugleich auch die fortdauernde Gültigkeit der Übereinkunft festgestellt wird; vergl. Meili, Lehrbuch, S. 250.

[4]) Ebenso Meili, Lehrbuch, S. 57 ff.

[5]) Vergl. Meili, Lehrbuch, S. 46 ff., sowie BE XXI, 8.

[6]) Vergl. die ausführliche Angabe der Titel der genannten Staatsverträge in § 3, V hievor. Der Wortlaut der Bestimmungen ist abgedruckt bei Meili, Staatsverträge, S. 27 ff. Die dort, S. 31, zit. Verträge zwischen dem Kanton Zürich und dem Fürstentum Hohenzollern-Hechingen von 1816 und zwischen dem Kanton St. Gallen und dem Fürstentum Hohenzollern-Sigmaringen von 1819 haben keinerlei Geltung mehr (vergl. § 3 hievor, Note 26 und jetzt auch Meili, Lehrbuch. S. 243, 255 ff.).

im Sinne der Begünstigung erfolgt.[7]) Dies zeigt sich namentlich in dem Falle, wo die Forderung eines Ausländers durch ein im Ausland liegendes Grundpfand versichert ist. Hier hat gemäss B 219, Al. 1 und 4 eine Kollokation im schweizerischen Konkurs nur soweit stattzufinden, als der Anspruch nicht durch das Pfand gedeckt ist. Dies wird ausdrücklich festgestellt in der Übereinkunft mit Württemberg, Art. 5.

III. Internationale Rechtsbeziehungen hinsichtlich des Konkurssubstrates.

Mit Rücksicht auf das Substrat des Konkurses, d. h. auf die in die Generalexekution einzubeziehenden Vermögensstücke des Gemeinschuldners, lassen sich vom Standpunkt des internationalen Rechtes aus zwei Anschauungen vertreten, welche in der Theorie herkömmlicherweise bezeichnet werden als das Prinzip der Universalität einerseits und das Prinzip der Territorialität andererseits.[8])

Das Prinzip der Universalität würde an und für sich dem Wesen der Generalexekution am besten entsprechen. Es geht nämlich von dem Standpunkte aus, dass der Konkurs sämtliche Aktiven des Gemeinschuldners zu ergreifen habe, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben im Inland oder im Ausland gelegen sind (Prinzip der Attraktivkraft des Konkurses). Die praktische Verwirklichung dieses Standpunktes findet aber ihre Grenzen an denjenigen der staatlichen Justizhoheit, welche nicht die Machtmittel besitzt, mit Bezug auf ausserhalb ihres Territoriums gelegene Sachen wirksame Verfügungen zu treffen. In dieser Hinsicht wird daher die Landesgesetzgebung durch die Verhältnisse faktisch auf das Territorialprinzip verwiesen, d. h. auf die Beschränkung der Konkurswirkungen auf das im Inlande gelegene Vermögen des Gemeinschuldners.[9]) Die Anwen-

[7]) Ebenso im Grundsatz Meili, Lehrbuch, S. 41.

[8]) Vergl. Meili, Lehrbuch, S. 55 ff.; Kohler, Lehrbuch, S. 603 ff.; Hellmann, Lehrbuch, S. 647 ff.

[9]) Die territoriale Beschränkung bezieht sich jedoch nur auf körperliche Vermögensgegenstände. Rechte des Gemeinschuldners

dung des Universalprinzips kann nur im Wege der staatsvertraglichen Abmachung ermöglicht werden.[10])

1. Das positive schweizerische Konkursrecht stellt an und für sich das Prinzip der Universalität auf, indem B 197, Al. 1 vorschreibt: «Sämtliches Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, bildet, gleichviel wo sich dasselbe befindet, eine einzige Masse (Konkursmasse), die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient.» Aus den oben erwähnten Gründen nehmen aber Theorie und Praxis an, dass sich dieser Grundsatz nur auf die internen Rechtsverhältnisse bezieht, während im Hinblick auf das im Ausland gelegene Vermögen das Territorialprinzip Geltung findet.[11])

2. Das Universalprinzip wird dagegen durch verschiedene Staatsverträge in engerem oder weiterem Umfange garantiert.

a. In ganz allgemeiner Weise vertritt diesen Standpunkt die Übereinkunft mit Württemberg. Art. 4 durch die Vorschrift: «Alle beweglichen und unbeweglichen Güter eines Gemeinschuldners, auf welchem Staatsgebiete sich dieselben immer befinden mögen, sollen in die allgemeine Konkursmasse fallen.»[12])

---

müssen nach der allgemeinen Regel als dort existent betrachtet werden, wo jener seinen Wohnsitz hat, und können somit auch daselbst verwertet werden; vergl. Meili, Lehrbuch, S. 89; BE XXXI (1), 37. Wohnt jedoch der aus der Forderung berechtigte Gemeinschuldner im Ausland, der Verpflichtete dagegen im Inland, so nimmt die Praxis gleichwohl die Zulässigkeit einer Exekution im Inland an; vergl. BE XXXI (1), 33. Eine Ausnahme hievon will Kohler, Lehrbuch, S. 626 für Patentrechte machen; dagegen Meili, Lehrbuch S. 89.

[10]) Bestehen keinerlei staatsvertragliche Vorschriften, so können, mangels einschlägiger Bestimmungen in B, die im Inland gelegenen Vermögensstücke auch nicht etwa in einen ausländischen Konkurs abgeliefert werden; vergl. Jaeger, Art. 197, N. 5; BE XXIII, 173; A I, 34, II, 138, III, 100.

[11]) Vergl. dazu Meili, Lehrbuch, S. 129 ff., Jaeger, Art. 197, N. 5, Reichel, Art. 197, N. 3; BE XXIII, 173; A XI, 30 und dazu A I, 34, II, 138, III, 100.

[12]) Vergl. Meili, Staatsverträge, S. 29; Meili, Lehrbuch, S. 250; BE XXX (1), 15.

Auf dem gleichen Standpunkt steht prinzipiell der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869.[13]) Er schreibt in Art. 6, Al. 2 ganz allgemein vor: «Nachdem ein solches Urteil (nämlich das Konkurserkenntnis) gemäss den Bestimmungen des nachstehenden Art. 16 auch für das andere Land vollziehbar erklärt worden ist, hat der Vertreter der Masse (Syndic) die Befugnis, durch Produktion des Urteils die Ausdehnung des Konkurses auf das bewegliche und unbewegliche Vermögen, das der Gemeinschuldner in dem andern Lande besitzt, zu verlangen.»[14])

b. Das Prinzip der Attraktivkraft des Konkurses, wie es in den Staatsverträgen mit Frankreich und mit Württemberg statuiert wird, schliesst ohne weiteres den Grundsatz in sich, dass nach Ausbruch des Konkurses im andern Vertragsstaate keine andern Arreste auf das Vermögen des Gemeinschuldners gelegt werden dürfen als zu Gunsten der Masse. Dies wird übrigens noch ausdrücklich betont in der Übereinkunft mit Württemberg, Art. 3.

Aber auch in solchen Verträgen, welche an sich das Prinzip der Universalität nicht in ausgesprochener Weise proklamieren, findet sich das Verbot der Arrestlegung nach

[13]) Vergl. Meili, Staatsverträge, S. 40 ff.; Meili, Lehrbuch, S. 266 ff.; Curti, Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich, betr. den Gerichtsstand und die Urteilsvollziehung, S. 124 ff.; Roguin, Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale, p. 713 ss., sowie die bei Meili, Staatsverträge, S. 36, Note 29 zit. französische Literatur.

[14]) Diese Vorschrift wird in Art. 6, Al. 3 und 4 des Staatsvertrages näher ausgeführt durch folgende Bestimmungen: «In diesem Falle kann der Vertreter der Masse die Guthaben des Gemeinschuldners bei dessen Schuldnern eintreiben und zum Verkauf der dem Gemeinschuldner angehörigen beweglichen und unbeweglichen Vermögensstücke schreiten; er soll jedoch bei diesem Verkauf die Gesetze beobachten, welche an dem Orte bestehen, wo die Vermögensstücke liegen. Die Beträge, welche der Vertreter der Masse in dem Lande der Heimat des Gemeinschuldners, sei es aus dem Verkauf von beweglichem Gut, sei es aus der Einziehung von Forderungen bezogen hat, sollen in die gemeine Masse am Orte des Konkurses eingeworfen und mit den übrigen Aktiven der Masse nach Vorschrift der am Konkursorte geltenden Gesetze unter sämtliche Gläubiger, ohne Rücksicht auf ihre Herkunft, verteilt werden».

Ausbruch des Konkurses; so in der Übereinkunft mit Bayern, in einer Übereinkunft des Kantons St. Gallen mit Österreich von 1842 und in einer Verständigung zwischen St. Gallen und der freien Hansastadt Hamburg von 1858/1861. Es erhebt sich nun die Frage, ob und inwieweit einer derartigen Vorschrift der Sinn einer Gewährung der Attraktivkraft des Konkurses beigelegt werden darf. Dabei fällt in Betracht, dass, wenn nach Ausbruch des Konkurses die Möglichkeit eines Arrestes und damit einer Spezialexekution ausgeschlossen wird, die Liquidation des betreffenden Vermögensstückes naturgemäss nur noch im Konkurs erfolgen kann, was die Auslieferung des ersteren an die Konkursmasse bedingt.

c. Eine durch die Natur der Sache begründete Ausnahme vom Universalitätsprinzip machen die Verträge mit Württemberg und mit Frankreich hinsichtlich des Erlöses aus den im andern Vertragsstaate liegenden Vermögensstücken, an welchen spezielle dingliche Rechte haften. Die Übereinkunft mit Württemberg schreibt in Art. 5 hierüber vor, dass ein Gläubiger, welcher ein «spezielles, gerichtliches Unterpfand oder ein noch vorzüglicheres Recht» auf ein ausserhalb des Konkursstaates liegendes (bewegliches oder unbewegliches) Vermögensstück des Gemeinschuldners besitzt, dieses Recht nach den Gesetzen des Ortes der gelegenen Sache realisieren kann und nur einen allfälligen Überschuss nach Deckung seiner Forderung an die Konkursmasse abzuliefern hat. Umgekehrt soll dieser Gläubiger berechtigt sein, sofern er aus dem Pfanderlös nicht gedeckt wird, für den Rest seiner Forderung im Konkurs Kollokation zu verlangen. Diese Bestimmungen entsprechen im allgemeinen dem Sinne nach den Vorschriften in B 219, Al. 1—4.[15])

Der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich macht einen Unterschied, je nachdem die im andern Vertragsstaate gelegenen Vermögensstücke des Gemein-

[15]) Über die Auslegung dieser Vertragsbestimmung in der schweizerischen und in der deutschen Praxis vergl. Meili, Lehrbuch, S. 250 ff. und die dortigen Zitate.



schuldners beweglicher oder unbeweglicher Natur sind. Bei Mobilien nämlich soll gemäss Art. 6, Al. 3 und 4 des Vertrages die Verwertung durch den Vertreter der Konkursmasse, jedoch unter Beobachtung der Gesetzgebung des Ortes der gelegenen Sache vorgenommen und der erzielte Erlös in die Konkursmasse eingeworfen werden (vergl. oben Note 14). Die Immobilien dagegen sollen zwar auch durch den Vertreter der Konkursmasse verwertet werden, jedoch soll der Erlös aus denselben «unter die Berechtigten nach den Gesetzen des Landes, wo die Immobilien liegen, verteilt werden.» Es sind daher die Gläubiger, seien sie Franzosen oder Schweizer, welche sich für die Wahrung ihrer Privilegien und Hypotheken nach den Gesetzen des Landes der gelegenen Sache gerichtet haben, bezüglich dieses Erlöses, ohne Rücksicht auf ihre Nationalität, in diejenige Klasse zu verweisen, in die sie gesetzlich gehören (Art. 6, Al. 5 des Staatsvertrages).

Nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen würde sich allerdings eine Privilegierung der Pfandgläubiger nur hinsichtlich der Grundpfänder, nicht aber mit Bezug auf Faustpfänder ergeben. In einem schweizerischen Konkurs macht aber in dieser Hinsicht B 219 Regel, sodass auch die Faustpfandgläubiger ein Recht darauf besitzen, aus dem Erlös der Pfandsache vorweg befriedigt zu werden.[16])

IV. Internationale Rechtsbeziehungen hinsichtlich des Konkursverfahrens.

Beim Stillschweigen unseres Gesetzes muss angenommen werden, dass sich das Verfahren in jedem auf schweizerischem Boden eröffneten und durchzuführenden Konkurs prinzipiell nach den Vorschriften des schweizerischen Rechtes zu richten hat. Und zwar ist dies der Fall ohne Rücksicht auf Nationalität und Wohnsitz des Gemeinschuldners.

Eine Ausnahme von diesem Satze ist nur dann zu machen, wenn Teile des Konkurssubstrates, d. h. dem Ge-

---

[16]) Ebenso Meili, Lehrbuch, S. 270; Curti, a. a. O., S. 237.

meinschuldner gehörende Vermögensstücke, im Auslande liegen und nur gestützt auf staatsvertragliche Abmachungen oder auf ein freiwilliges Entgegenkommen des fremden Staates zur Masse gezogen werden können. Hier ist das Verfahren nach den mit dem betreffenden Staate vereinbarten Grundsätzen einzurichten. Den bestehenden Staatsverträgen ist hierüber folgendes zu entnehmen:

1. Mit Bezug auf das Konkurserkenntnis selbst verlangt Art. 6, Al. 2 des Gerichtsstandsvertrages mit Frankreich, dass dafür, wie für ein in einem der Vertragsstaaten zu vollstreckendes Zivilurteil, das Exequatur der zuständigen Behörde nach Massgabe der allgemeinen Vorschriften in Art. 16 des Vertrages eingeholt wird. Solange dies nicht geschehen ist, kann die Ausdehnung des Konkurses auf das im andern Vertragsstaate liegende Vermögen des Gemeinschuldners nicht erfolgen (vergl. oben III, Ziff. 2, lit. a).[17])

Die übrigen Staatsverträge kennen das Requisit der Vollstreckbarerklärung eines Konkurserkenntnisses nicht.

2. Für alle Klagen, welche zur Durchführung des Konkursverfahrens oder zur Beschaffung und Erhaltung des Konkurssubstrates erforderlich sind, sieht Art. 7 des Vertrages mit Frankreich den Gerichtstand des Wohnsitzes des Beklagten, bezw., wenn es sich um dingliche Rechte an Immobilien handelt, denjenigen der gelegenen Sache vor.[18])

---

[17]) Dagegen steht nach schweizerischer sowohl als nach französischer Anschauung fest, dass die Wirkungen der Konkurseröffnung vom Momente des Konkurserkenntnisses an und nicht etwa erst von erfolgter Vollstreckbarerklärung an datieren; vergl. Meili, Lehrbuch, S. 267 ff. und die dortigen Zitate.

[18]) Art. 7 des Staatsvertrages bestimmt: «Klagen, welche auf Schadenersatz oder auf eine Restitution oder auf das Wiedereinwerfen von Vermögensstücken, oder auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes abzielen, und ebenso alle Klagen, die infolge der Fallit-erklärung selbst, oder infolge eines Urteils, das die Fallimentserklärung auf einen andern Zeitpunkt festsetzt, als er ursprünglich fixiert war, oder Klagen, die aus irgend welchen andern Gründen gegen Gläubiger oder gegen Dritte angehoben werden, sind bei dem Gerichte des Wohnsitzes des Beklagten anhängig zu machen, es wäre

3. Hinsichtlich der Verwertung der im ausländischen Staate gelegenen, in die inländische Konkursmasse gezogenen Vermögensstücke verlangt Art. 6, Al. 3 des Vertrages mit Frankreich die Beobachtung der Gesetze, welche am Orte der gelegenen Sache bestehen (vergl. oben III, Ziff. 2, lit. a).

4. Für die Kollokation der Gläubiger stellen vorerst die meisten bestehenden Staatsverträge das Prinzip der Gleichbehandlung der gegenseitigen Angehörigen auf (vergl. oben II, Ziff. 2). Daneben aber werden Vorbehalte gemacht hinsichtlich der Realisierung dinglicher Rechte auf den ausserhalb des Konkursstaates gelegenen Vermögensstücken des Gemeinschuldners (vergl. oben III, Ziff. 2, lit. c).

5. Der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich regelt in Art. 8 speziell auch noch den Fall einer Aufhebung des Konkurses durch einen Nachlassvertrag (accommodement).[19]) Der letztere wird auf den nämlichen Boden gestellt wie das Konkurserkenntnis. Er bedarf zu seiner Wirkung im andern Vertragsstaate der Vollstreckbarerklärung wie ein Zivilurteil.[20])

---

denn, dass sich der Rechtsstreit auf dingliche Rechte an Immobilien beziehen würde.»

[19]) Art. 8 lautet: «Im Falle ein Akkommodement zustande gekommen ist, so haben alle Bestimmungen des Akkommodements, und zwar insbesondere auch die Abtretung des in seinem Heimatlande gelegenen Vermögens von Seite des Schuldners, die gleichen Wirkungen, wie in dem Lande, in welchem der Konkurs eröffnet worden ist, unter der Voraussetzung jedoch, dass das Urteil, welches das Akkommodement bestätigt (Homologationsurteil), gemäss den Vorschriften des Art. 16 vollziehbar erklärt worden ist».

[20]) Das Bundesgericht hat entschieden, dass das Exequatur auch notwendig sei, um den Nachlassvertrag im andern Vertragsstaate einredeweise geltend zu machen; vergl. BE XXIX (1), 69 und dazu die kritisierenden Zitate bei Meili, Lehrbuch, S. 275. Der Entscheid muss prozessual als richtig betrachtet werden. Ob er auch praktisch durchführbar ist, kann allerdings bezweifelt werden.

Zweiter Unterabschnitt.

Die Konkursgründe.

§ 43.

Die ordentliche Konkursbetreibung.[1])

I. Der Begriff.

Die ordentliche Konkursbetreibung ist ein Konkursgrund auf formeller Grundlage, d. h. sie bezweckt die Ermöglichung einer Konkurseröffnung auf Grund eines durchgeführten betreibungsrechtlichen Verfahrens. Dieses Verfahren schliesst sich ohne weiteres an das Einleitungsverfahren der Schuldbetreibung an. Die letztere wird, sofern die speziellen Voraussetzungen hiefür gegeben sind, im Wege des Konkurses, d. h. zunächst der ordentlichen Konkursbetreibung, fortgesetzt (vergl. § 1, I hievor).

1. Die Voraussetzungen der ordentlichen Konkursbetreibung machen sich nach verschiedenen Richtungen hin geltend:

a. Vor allem muss das Einleitungsverfahren durchgeführt, d. h. es muss dem Schuldner ein Zahlungsbefehl zugestellt sein, gegenüber welchem ein Rechtsvorschlag entweder nicht erhoben oder in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise beseitigt wurde (vergl. § 24, V, Ziff. 1, sowie §§ 25—27 hievor).

b. Hinsichtlich der Person des Schuldners ist das Vorhandensein der sog. Konkursfähigkeit erforderlich. Konkursfähig sind physische und juristische Personen, sowie Gesellschaften und Vereine, welche als handelsrechtlich selbständig und auf eigene Rechnung tätig im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind (B 39, 40; vergl. § 15, IV, Ziff. 2 hievor).

c. Die in Betreibung gesetzte Forderung muss so beschaffen sein, dass sie im Wege der Konkursbetreibung vollstreckt werden kann. Dies ist nicht der Fall bei Pfandforderungen (mit Ausnahme der grundpfändlich gesicherten Zinsen und

---

[1]) Lit. Leemann, Die Konkursgründe nach dem B; Diss. Zürich, 1905.

Annuitäten), sowie bei öffentlichrechtlichen Forderungen (B 41 und 44; vergl. § 14, III, Ziff. 2 hievor).

d. Es muss ein für die Durchführung der ordentlichen Konkursbetreibung geeigneter Betreibungsort vorhanden sein. Dies ist nicht der Fall beim Betreibungsort des Arrestes (B 52; vergl. § 17, IV, Ziff. 6 hievor). Ebensowenig kommt aber natürlich der Betreibungsort der gelegenen Sache gemäss B 51 in Betracht, da derselbe ausdrücklich nur für die Betreibung auf Pfandverwertung vorgesehen ist. Über die Beschränkungen, welche das internationale Recht hinsichtlich des Betreibungsortes vorsieht, vergl. § 42, II, Ziff. 1 hievor.

2. Das Verfahren der ordentlichen Konkursbetreibung gliedert sich in zwei, bezw. in drei Stadien.

Es beginnt mit der sog. Konkursandrohung. Diese schliesst sich unmittelbar an das Einleitungsverfahren an, d. h. sie bildet die Fortsetzung der Betreibung, wie sie im Zahlungsbefehl gemäss B 69, Ziff. 4 dem Schuldner angedroht wird (vergl. unten II).

Als Sicherungsmassnahme kann nach geschehener Konkursandrohung die Aufnahme eines sog. Güterverzeichnisses erfolgen. Dasselbe bildet aber keine eigentliche Vollstreckungshandlung, sondern eine bloss fakultative Sicherungsmassnahme (vergl. unten III).

Den Schluss des Verfahrens bildet die Konkureröffnung (vergl. unten IV).

3. Ihrer rechtlichen Natur nach bildet die ordentliche Konkursbetreibung eine dem schweizerischen Rechte eigentümliche Art der Herbeiführung einer Konkurseröffnung.[2]) Ihre Begründung und damit auch ihre Rechtfertigung findet sie lediglich in der Struktur unserer Schuldbetreibung, welche zur Aufgabe hat, ohne spezielle Berücksichtigung der materiellrechtlichen Verhältnisse eine Zwangsvollstreckung für Forderungen betreffend Geldzahlung oder Sicherheitsleistung auf rein formeller Basis durchzuführen.

[2]) Leemann, S. 30 ff. will darin eine gewisse entfernte Verwandtschaft mit dem Konkursmandat (bankruptcy notice) des englischen Rechtes erblicken.

Und zwar will der Gesetzgeber bei allen denjenigen Schuldnern, welche die gesetzlich vorgesehene Eigenschaft der Konkursfähigheit besitzen, die ausschliessliche Befriedigung eines einzelnen Gläubigers auf Kosten aller übrigen verhindern. Deshalb lässt er, wenn sich der Schuldner der Betreibung des betreffenden Gläubigers nicht oder ohne Erfolg widersetzt, sogleich die Generalexekution eintreten.[3]) Dies wird allerdings auf Kosten einer gewissen Billigkeit gegenüber dem Schuldner erreicht, indem der letztere nach dem vorliegenden System einer einzigen Schuld wegen in Konkurs fallen kann, ohne zahlungsunfähig zu sein. Diesen Übelstand hat der Gesetzgeber zur Erreichung seines prinzipalen Zieles ohne weiteres mit in Kauf genommen.[4])

II. Die Konkursandrohung.

Nach Ablauf der Frist von zwanzig Tagen seit der Zustellung des Zahlungsbefehls kann der Gläubiger beim Betreibungsamte verlangen, dass dem Schuldner der Konkurs angedroht werde (B 159).

1. Die Voraussetzungen der Konkursandrohung sind also — abgesehen von der Konkursfähigkeit des Schuldners — dreifacher Natur:

a. Es muss dem Schuldner ein zur Einleitung der ordentlichen Konkursbetreibung geeigneter Zahlungsbefehl

---

[3]) Vergl. Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 S. 47, wo gesagt wird: «Der Konkurs kann daher von vorneherein als das formelle Ziel der Betreibung für alle kaufmännischen Geschäftsverhältnisse gelten».

[4]) Leemann, S. 28 ff. versucht, dies nach der materiellen Seite hin in der Weise zu konstruieren, dass er eine absolute Rechtsvermutung der Zahlungsunfähigkeit desjenigen Schuldners annimmt, welcher es unterlässt, auf gesetzlichem Wege (durch Bezahlung des Gläubigers oder durch Rechtsvorschlag) die Durchführung der ordentlichen Konkursbetreibung abzuwenden. Diese Konstruktion ist geschickt durchgeführt und lässt sich theoretisch auch rechtfertigen. Praktische Konsequenzen dagegen lassen sich meines Erachtens daraus nicht ziehen.

zugestellt worden sein.[5]) Ferner aber darf dieser Zahlungsbefehl nicht durch Rechtsvorschlag gehemmt worden sein, bezw. es muss eine gesetzliche Beseitigung des letztern stattgefunden haben. Zu dieser Beseitigung genügt aber an und für sich nur die definitive Rechtsöffnung gemäss B 80[6]). Die provisorische Rechtsöffnung kommt als solche so lange nicht in Betracht, als nicht feststeht, dass eine Aberkennungsklage seitens des Schuldners nicht erhoben oder aber vom Gericht abgewiesen worden ist (B 83, Al. 1; vergl. § 27, V, Ziff. 1 hievor).[7]) Dagegen setzt die Praxis der definitiven Rechtsöffnung ein vom Gläubiger im ordentlichen Prozess erstrittenes Zivilurteil gemäss B 79 gleich (vergl. § 24, V, Ziff. 1 hievor).

b. Der Gläubiger hat die Konkursandrohung beim Betreibungsamt durch ausdrückliches Begehren zu verlangen. Von Amtes wegen findet dieselbe niemals statt.

c. Dieses Begehren kann aber erst nach Ablauf von zwanzig Tagen seit der Zustellung des Zahlungsbefehls, d. h. nach Beendigung der im letztern dem Schuldner gesetzten Zahlungsfrist, gestellt werden. Diese Frist läuft, gleichviel ob Rechtsvorschlag erhoben wurde oder nicht.

Eine Endbefristung für das Begehren um Konkursandrohung sieht B 159 nicht vor. Dagegen ergibt sich eine solche indirekt aus B 166. In B 166, Al. 2 wird nämlich statuiert, dass das Recht zur Stellung des Konkursbegehrens mit Ablauf eines Jahres seit Zustellung des Zahlungsbefehls erlischt. Das Konkursbegehren seinerseits kann aber gemäss

---

[5]) Wurde deshalb ein Zahlungsbefehl für die Betreibung auf Pfandverwertung zugestellt, oder aber ein solcher für die Wechselbetreibung, so kann, auch wenn der Gläubiger von jener besondern Betreibungsart absehen möchte, eine Konkursandrohung nicht verlangt werden (vergl. § 16, II, Ziff. 3 hievor). Dagegen ist hier das gleiche Formular zu benutzen wie für die Betreibung auf Pfändung (vergl. Verordnung Nr. 1, Art. 12, Formular 3).

[6]) Der Rechtsöffnungsentscheid muss dabei in Rechtskraft erwachsen, also die Appellationsfrist abgelaufen sein (vergl. § 25, III, Ziff. 3 hievor, sowie A XII, 7).

[7]) Ebenso BE XXXII (1), 26.

B 166, Al. 1 frühestens zwanzig Tage nach Zustellung der Konkursandrohung gestellt werden. Die Zustellung der Konkursandrohung erfolgt gemäss Art. 163, Al. 1 binnen drei Tagen nach Eingang des Begehrens. Daher muss der Gläubiger, wenn er seines Erfolges sicher sein will, das Begehren um Konkursandrohung spätestens binnen eines Jahres weniger dreiundzwanzig Tage seit der Zustellung des Zahlungsbefehls einreichen.

2. Das Begehren um Erlass der Konkursandrohung wird im Gesetz an keine bestimmte Form gebunden. Es kann daher sowohl mündlich als auch schriftlich gestellt werden. Auch sein Inhalt wird nicht gesetzlich umschrieben. Da es gemäss B 38, Al. 3 Sache des Betreibungsamtes ist, die gesetzlich zutreffende Betreibungsart zu bestimmen, so genügt es, wenn der Gläubiger in seinem Begehren einfach Fortsetzung der Betreibung verlangt.[8]) Notwendig ist dabei nur die Angabe der Betreibungsnummer, sowie des Namens und Wohnortes des Schuldners. War ein Rechtsvorschlag erfolgt, so muss der Rechtsöffnungsentscheid, bezw. das gerichtliche Urteil gemäss B 79 beigelegt werden (vergl. § 30, I, Ziff. 1, lit. d hievor).

3. Zuständig zum Erlass der Konkursandrohung ist regelmässig dasjenige Betreibungsamt, welches den Zahlungsbefehl zugestellt hat, sofern nicht etwa aus bestimmten Gründen, z. B. wegen Wegzuges des Schuldners, der Betreibungsort gewechselt hat (vergl. § 17, V, Ziff. 2 hievor). Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel findet statt, wenn das Einleitungsverfahren am Arrestort durchgeführt wurde. In diesem Fall kann gemäss B 52 die Konkursandrohung nur da erfolgen, wo ordentlicherweise die Betreibung gegen den betreffenden Schuldner stattzufinden hat (vergl. § 17, IV, Ziff. 6 hievor).

4. Der Inhalt der Konkursandrohung wird in B 160 genau umschrieben.[9]) Die Konkursandrohung enthält:

[8]) So lautet auch das in Verordnung Nr. 1, Art. 7 für das Begehren vorgesehene Formular, welches zugleich auch für die Stellung des Pfändungsbegehrens zu benutzen ist.

[9]) Ein amtliches Formular dafür ist vorgesehen in Verordnung Nr. 1, Art. 24.

a. Die Angaben des Betreibungsbegehrens (B 160, Ziff. 1; vergl. § 22 hievor);

b. Das Datum des Zahlungsbefehls (B 160, Ziff. 2);

c. die Anzeige, dass der Gläubiger nach Verfluss von zwanzig Tagen das Konkursbegehren stellen kann (B 160, Ziff. 3; vergl. unten IV);

d. die Mitteilung, dass der Schuldner, welcher die Statthaftigkeit der Konkursbetreibung bestreiten will, gemäss B 17 binnen zehn Tagen bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde zu führen hat (B 160, Ziff. 4). Trotz des Wortlautes dieser letztern Bestimmung steht die Beschwerde dem Schuldner nicht nur dann zu, wenn er die Statthaftigkeit der Konkursbetreibung bestreiten will, sondern überhaupt immer, wenn eine gesetzwidrige Verfügung des Betreibungsbeamten vorliegt (B 17).[10]) Der Gesetzgeber will hier den Schuldner nur auf den einen speziellen und nächstliegenden Beschwerdegrund aufmerksam machen.

e. In der Konkursandrohung wird endlich der Schuldner daran erinnert, dass er berechtigt ist, einen Nachlassvertrag vorzuschlagen (B 160, Al. 2) [11])

5. Die Zustellung der Konkursandrohung erfolgt in der durch B 72 — auch für den Zahlungsbefehl — vorgeschriebenen Weise (B 161, Al. 3). Es handelt sich also dabei um eine Zustellung im technischen Sinn (vergl. § 20, IV hievor).[12]) Sie erfolgt binnen drei Tagen nach Eingang des Begehrens (B 161, Al. 1).[13]) Ein Doppel der Konkursandrohung wird dem Gläubiger zugestellt, sobald die Zustellung an den Schuldner erfolgt ist (B 161, Al. 2).[14])

---

[10]) Ebenso Jaeger, Art. 160, N. 6; vergl. dazu A II, 2, IV, 36, 128.

[11]) Dies ist das einzige Mittel, durch welches der Schuldner den Fortgang des Verfahrens hindern kann. Ein Aufschub in Analogie zu B 123, gestützt auf das Versprechen von Abschlagszahlungen, ist nicht zulässig; vergl. BE XXX (1), 122.

[12]) Über die äusserliche Behandlung der Zustellung vergl. die Bemerkung in Verordnung Nr. 1, Art. 24.

[13]) Diese Fristbestimmung hat lediglich den Charakter einer Ordnungsvorschrift (vergl. § 18, I, Ziff. 1 hievor).

[14]) Trotz des Wortlautes in B 161, Al. 2 handelt es sich dabei nicht um eine Zustellung im technischen Sinn, sondern um eine

III. Das Güterverzeichnis.

Das für die Eröffnung des Konkurses zuständige Gericht (Konkursgericht) hat auf Verlangen des Gläubigers, sofern es zu dessen Sicherheit geboten erscheint, die Aufnahme eines Verzeichnisses aller Vermögensbestandteile des Schuldners (Güterverzeichnis) anzuordnen (B 162).

1. Seinem Wesen nach stellt das Güterverzeichnis keine eigentliche Vollstreckungsmassnahme, sondern ein Sicherungsmittel dar. Es hat den Zweck, zu verhindern, dass der nachfolgende Konkurs mangels eines materiellen Substrates fruchtlos verlaufe, indem es eine gewisse Kontrolle über Bestand und Verwaltung des schuldnerischen Vermögens gewährt.[15])

2. Die Voraussetzungen des Güterverzeichnisses machen sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

a. Es muss ein ausdrückliches Begehren des Gläubigers vorliegen (B 162).[16]) Eine Anordnung von Amteswegen ist in diesem Stadium des Verfahrens nicht zulässig, sondern erst nach Stellung des Konkursbegehrens (B 170; vergl. unten IV). Legitimiert zur Antragsstellung ist selbstverständlich nur derjenige Gläubiger, welcher die Konkursandrohung verlangt hat. Eine Befristung wird im Gesetz nicht vorgesehen. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass das Güterverzeichnis nur so lange verlangt werden kann, als der Gläubiger gemäss B 166, Al. 2 zeitlich imstande ist, das Konkursbegehren zu stellen (vergl. unten IV, Ziff. 1, lit. c).

b. Die Anordnung des Verzeichnisses muss durch das für die Eröffnung des Konkurses zuständige Gericht (Konkursgericht) erfolgen (B 162; vergl. unten IV).

c. Diese Verfügung setzt voraus, dass sie zur Sicherung des Gläubigers geboten erscheint (B 162). Der

---

blosse Mitteilung. Zugleich mit derselben wird dem Gläubiger der von ihm eingereichte Zahlungsbefehl, bezw. der Rechtsöffnungsentscheid oder das Urteil zurückgesandt; vergl. BE XXXII (1), 115.

[15]) Ebenso BE XXX (1), 125. Über die Entstehungsgeschichte des Institutes vergl. Reichel, Art. 122, N. 1.

[16]) Und dazu die Leistung eines Kostenvorschusses (Tarif 24); vergl. Jaeger, Art. 162, N. 2.

Gläubiger hat demnach regelmässig dem Gerichte entsprechende Tatsachen nachzuweisen, wie z. B. Fluchtgefahr oder die Gefahr, dass der Schuldner durch betrügerische oder leichtsinnige Handlungen sein Vermögen vermindert.[17]) Ohne diesen Nachweis kann aber der Gläubiger die Aufnahme des Verzeichnisses verlangen, sofern er provisorische Rechtsöffnung erhalten hat (B 83, Al. 1; vergl. § 27, V, Ziff. 1, lit. c hievor).

d. Die Aufnahme des Verzeichnisses darf **nicht vor der Zustellung der Konkursandrohung** stattfinden (B 163, Al. 1), mit Ausnahme des Falles der erteilten provisorischen Rechtsöffnung (vergl. oben lit. c).[18]).

3. Die **Aufnahme** des Güterverzeichnisses erfolgt durch das Betreibungsamt (B 163, Al. 1). Oertlich zuständig ist dabei dasjenige Amt, welches die Konkursandrohung zugestellt hat, und zwar auch dann, wenn der Schuldner nach Zustellung der Konkursandrohung seinen Wohnsitz veränderte (B 53; vergl. § 17, V, Ziff. 2 hievor). Es kann aber die Rechtshülfe des Betreibungsamtes der gelegenen Sache in Anspruch genommen werden.

Der Vorgang der Aufnahme besteht in der Anlegung eines genauen Verzeichnisses sämtlicher Vermögensbestandteile des Schuldners (B 162). Dabei kommen aber nur die Aktivposten des Vermögens in Betracht. Die Rechte und Pflichten des Schuldners bei der Aufnahme sind die nämlichen wie bei der Pfändung. B 90, 91 und 92 finden entsprechende Anwendung (B 163, Al. 2). Die Aufnahme des Güterverzeichnisses wird demnach dem Schuldner spätestens am vorhergehenden Tage unter Hinweis auf die ihm gemäss B 91 obliegenden Pflichten angekündigt. Er ist bei Straffolge verpflichtet, der Aufnahme beizuwohnen oder sich da-

[17]) Liegen betrügerische Handlungen oder ein Versuch solcher bereits vor, so kann der Gläubiger direkt Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung verlangen (vergl. § 45, II, Ziff. 1, lit. b, bb hienach).

[18]) In diesem Sinne auch BE XXXII (1), 26. Zieht jedoch der Schuldner nach erteilter provisorischer Rechtsöffnung den Rechtsvorschlag zurück oder unterlässt er es, die Aberkennungsklage anzustellen, so greift wieder die allgemeine Regel Platz; vergl. A VII, 92.

bei vertreten zu lassen und dem Beamten seine Vermögensstücke anzugeben, mit Einschluss derjenigen, welche sich nicht in seinem Gewahrsam befinden, sowie seiner Forderungen und Rechte gegenüber Dritten.[19]) Dem Beamten sind auf Verlangen Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen, und er kann nötigenfalles die Polizeigewalt in Anspruch nehmen (B 90, 91; vergl. § 30, III, Ziff. 2 hievor). Das Güterverzeichnis kann als unaufschiebbare Massnahme zur Erhaltung von Vermögensgegenständen auch in der geschlossenen Zeit, den Betreibungsferien, sowie während des Rechtsstillstandes vorgenommen werden (B 56, Al. 1; vergl. § 19, I, Ziff. 2 hievor). Der objektive Umfang des Güterverzeichnisses erstreckt sich auf alle Aktiven des Schuldners, mit Ausnahme der Kompetenzstücke gemäss B 92 (B 163, Al. 2; vergl. § 31, II, Ziff. 2 hievor).

4. Die Wirkung des Güterverzeichnisses ist nicht diejenige einer Dispositionsbeschränkung des Schuldners hinsichtlich seines Vermögens.[20]) Der erstere ist vielmehr lediglich bei Straffolge verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die aufgezeichneten Vermögensstücke vorhanden bleiben oder durch gleichwertige ersetzt werden; er darf jedoch davon soviel verbrauchen, als nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalt erforderlich ist. Der Betreibungsbeamte macht den Schuldner auf seine Verpflichtung aufmerksam (B 164). Die Verletzung der letztern durch den Schuldner stellt ein Delikt dar, welches seiner rechtlichen Natur nach der Pfandunterschlagung am nächsten kommt.[21]) Irgendwelche

---

[19]) Und zwar muss er dies der Natur der Sache nach unbeschränkt tun. In dieser Beziehung geht hier seine Pflicht über diejenige des Schuldners bei der Pfändung hinaus.

[20]) In diesem Sinn auch BE XXX (1), 125. Es findet deshalb auch hinsichtlich der in das Verzeichnis aufgenommenen Liegenschaften keine Vormerkung im Grundbuch statt.

[21]) Als solche wird es z. B. bestraft in Zürich (EG 105). Dagegen belegen es z. B. Bern (EG 49) und Uri (EG 81) mit der Strafe des betrügerischen Konkurses; vergl. Reichel, Art. 164, N. 1, sowie die kantonalen Bestimmungen bei Brand und Wasem, S. 207 ff.

zivilrechtliche Ungültigkeit haftet einer in Verletzung der Vorschrift in B 164 vorgenommenen Veräusserung nicht an. [22])

Die Beendigung der Wirkungen des Güterverzeichnisses tritt ein durch Aufhebung oder durch Erlöschung.

Die Aufhebung der durch das Güterverzeichnis begründeten Verpflichtung des Schuldners erfolgt durch den Betreibungsbeamten, wenn sämtliche betreibenden Gläubiger einwilligen (B 165, Al. 1). Es genügt also nicht etwa die Einwilligung desjenigen Gläubigers, auf dessen Begehren das Verzeichnis aufgenommen wurde, sondern nur diejenige aller betreibenden Gläubiger, indem zu ihrer aller Gunsten die Aufnahme geschah. [23]) Darunter sind aber nur diejenigen Gläubiger zu verstehen, deren Betreibung auf Konkurs gerichtet ist, da nur sie einen Vorteil aus dem Güterverzeichnis ziehen. Ferner fallen auch diejenigen Betreibungen nicht in Betracht, welche durch Rechtsvorschlag gehemmt sind. Die Aufhebung erfolgt durch Erklärung des Betreibungsbeamten gegenüber dem Schuldner.

Die Erlöschung der Wirkungen tritt von Gesetzes wegen vier Monate nach der Anfertigung des Verzeichnisses ein (B 165, Al. 2). Nach Ablauf dieser Zeit braucht sich also der Schuldner, sofern nicht etwa der Konkurs eröffnet ist, um das Verzeichnis nicht mehr zu kümmern. [24]) Eine Ausnahme hievon ist nur bei dem gemäss B 83, Al. 1 nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung aufgenommenen Güterverzeichnis zu machen, mit Rücksicht darauf, dass hier der Gläubiger, sofern Aberkennungsklage erhoben wird, bis zur erfolgten Abweisung der letztern ein Konkursbegehren nicht stellen kann. [25])

Der Natur der Sache nach fällt endlich das Güterverzeichnis dahin, wenn der Konkurs eröffnet oder aber ein gestelltes Konkursbegehren abgewiesen wurde.

---

[22]) Ebenso Jaeger, Art. 164, N. 2.

[23]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 165, N. 3.

[24]) So richtig Jaeger, Art. 165, N. 5; BE XXIX (1), 21.

[25]) Ebenso BE XXXII (1), 124; Jaeger, Art. 165, N. 6; Reichel, Art. 165, N. 1 (vergl. § 27 hievor, Note 40).

IV. Die Eröffnung des Konkurses.

Den Abschluss der ordentlichen Konkursbetreibung bildet die Eröffnung des Konkurses durch das Konkursgericht. Dieselbe erfolgt immer nur auf ausdrückliches Begehren des betreibenden Gläubigers (Konkursbegehren), das in einem besondern gerichtlichen Verfahren zu prüfen und zu beurteilen ist.

1. Das Konkursbegehren schliesst sich als weitere Vorkehr an die erfolgte Konkursandrohung an.

a. Legitimiert zu seiner Stellung ist derjenige Gläubiger, für welchen die Konkursandrohung erlassen wurde. Der vom Gesetz vorgeschriebene Nachweis der Legitimation geschieht durch Vorlegung des Zahlungsbefehls und der Konkursandrohung, beides im Gläubigerdoppel gemäss B 70, Al. 1, 161, Al. 2 (B 166, Al. 1).

b. Der Inhalt des Konkursbegehrens wird im Gesetz nicht näher geregelt, und es ist auch kein amtliches Formular dafür vorgesehen. Es genügt somit, wenn der Gläubiger unter Vorlegung der geforderten Beweisurkunden den Willen ausdrückt, dass der Konkurs eröffnet werde. In welcher Form dies zu geschehen hat, setzt das kantonale Recht zugleich mit der Regelung des summarischen Prozessverfahrens gemäss B 25, Ziff. 2 fest.[26]) Dasselbe hat namentlich zu bestimmen, ob neben der schriftlichen Anbringung auch die mündliche genügt.[27])

c. Die Befristung des Begehrens geschieht durch eine sog. gemischte oder Rahmenfrist, welche sowohl den Anfang als auch den Endpunkt festsetzt. Das Konkursbegehren kann nach Ablauf von zwanzig Tagen seit Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner gestellt werden (B 166, Al. 1). Durch eine vom Schuldner gegen die Konkursandrohung erhobene Beschwerde wird die Frist nur unterbrochen, sofern der Beschwerde gemäss B 36 auf-

---

[26]) Vergl. die Bestimmungen der kantonalen EG bei Brand und Wasem, S. 91 ff.

[27]) Reichel, Art. 166, N. 1 nimmt schlechtweg an, dass die mündliche Anbringung (zu Protokoll) möglich sei. Wie oben auch Jaeger, Art. 166, N. 7 und Leemann, S. 23.

schiebende Wirkung zuerkannt wurde.[28]) Das Recht auf Stellung des Konkursbegehrens erlischt mit Ablauf eines Jahres seit der Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist Recht vorgeschlagen worden, so fällt die Zeit zwischen der Anhebung und der gerichtlichen Erledigung der Klage nicht in Berechnung (Art. 166, Al. 2.)[29])

d. Die Wirkungen der Stellung eines Konkursbegehrens machen sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

aa. Es tritt die Rechtshängigkeit der Konkurseröffnungssache beim Konkursgericht ein. Das letztere muss deshalb sogleich den Termin zur Verhandlung ansetzen (B 168).

bb. Der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren stellt, haftet für die bis zur ersten Gläubigerversammlung (B 235) entstehenden Kosten. Das Gericht kann von ihm einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (B 169). Nebstdem hat aber der Gläubiger natürlich gemäss B 68, Al. 1 auch die Konkurseröffnungskosten vorzuschiessen, da dieselben zu den Betreibungskosten gehören (vergl. § 13, II, Ziff. 1 hievor).[30]) Bei Nichtleistung dieser Vorschüsse kann das Gericht nach Analogie von B 68, Al. 1 die Anordnung der Verhandlung über das Konkursbegehren unter Anzeige an den Gläubiger einstweilen unterlassen.[31])

---

[28]) In diesem Sinne sind jedenfalls die Ausführungen Jaegers. Art. 166, N. 1 zu präzisieren.

[29]) Als Klage im Sinne von B 166, Al. 2 kommt in erster Linie die ordentliche Forderungsklage gemäss B 79 in Betracht. Aber auch eine nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung angehobene Aberkennungsklage muss hieher gerechnet werden, da der Gläubiger hier — im Gegensatz zu dem analogen Befristungsfall beim Pfändungsbegehren (B 88, Al. 2; vergl. § 30 hievor, Note 8) — kein Mittel in der Hand hätte, um den Ablauf der Frist zu unterbrechen, falls der Aberkennungsprozess länger dauert als die in B 166, Al. 2 gesetzte Frist. Deshalb ist hier auch prinzipiell anders zu entscheiden wie dort. Ebenso Jaeger, Art. 166, N. 9; BE XXXIII (1), 142. Niemals aber genügt zur Hemmung der Frist eine Beschwerde; vergl. BE XXX (1), 133.

[30]) Ueber die Höhe dieser Kosten vergl. Tarif, 25, 26, 27.

[31]) Dagegen kann meines Erachtens — im Gegensatz zu Jaeger Art. 169, N. 3 — eine Rückgängigmachung des bereits ausgefällten Konkurserkenntnisses aus diesem Grunde nicht erfolgen.

cc. Ein Rückzug des gestellten Konkursbegehrens durch den Gläubiger ist zwar prinzipiell zulässig.[32]) Jedoch kann hierauf das Begehren nicht vor Ablauf eines Monats erneuert werden (B 167). Selbstverständlich ist ferner dabei, dass das neue Begehren nur binnen der in B 166, Al. 2 vorgesehenen Frist gültig gestellt werden kann.[33])

dd. Eine weitere Folge der Stellung des Konkursbegehrens besteht endlich darin, dass das Gericht sofort nach Anbringung des letztern die zur Wahrung der Rechte der Gläubiger notwendigen vorsorglichen Anordnungen treffen kann (B 170). Dabei kommt in erster Linie als solche Massnahme die Aufnahme des Güterverzeichnisses gemäss B 162 in Betracht (vergl. oben III, Ziff. 3).[34]) Das Gericht ist aber auch befugt, direkt in die Dispositionsfähigkeit des Schuldners einzugreifen durch Zahlunsgverbote, Sperrung von Forderungen, Wegnahme von Gegenständen, Schliessung von Lokalitäten, Versiegelung etc.[35]) Ein Antrag des Gläubigers ist zur Ergreifung dieser Massnahmen weder erforderlich, noch auch für das Gericht irgendwie verbindlich.

2. Das Verfahren zur Beurteilung des Konkursbegehrens ist ein summarisches Prozessverfahren und wird durch das kantonale Recht geregelt (B 25, Ziff. 2; vergl. § 11, II, Ziff. 3 hievor). Seine Bestimmungen sind, soweit nicht B spezielle Vorschriften aufstellt, für die Art und Weise der Verhandlung massgebend.[36]) Bundesrechtlich wird dabei folgendes vorgesehen:

---

[32]) Jedoch nur vor der Fällung des erstinstanzlichen Erkenntnisses; vergl. ZBJV XLIII, 352 (Bern). Dem Rückzug ist auch die Erteilung einer Stundung nach gestelltem Konkursbegehren gleichzuachten; vergl. ZBJV XXXIX, 230 (Bern).

[33]) Ebenso Reichel, Art. 167, N. 2; Jaeger, Art. 167, N. 1; A II, 28, 38.

[34]) Die Vollziehung des Güterverzeichnisses ist auch hier Sache des Betreibungsamtes; vergl. A IX, 17.

[35]) Vergl. Reichel, Art. 170, N. 1; Jaeger, Art. 170, N. 4. Ausgeschlossen ist nur — im Gegensatz zu § 101 der deutschen KO — die Verhaftung des Schuldners, da sie im Widerspruch zu BV 59, Al. 3 stände.

[36]) Auch die zuständigen Gerichtsbehörden bezeichnet das

a. Eine Vorladung im technischen Sinne des Wortes findet nicht statt.[37]) Es wird lediglich, sobald das Konkursbegehren gestellt ist, den Parteien wenigstens drei Tage vorher die gerichtliche Verhandlung angezeigt (B 168). Als Parteien kommen dabei einerseits der Schuldner, andererseits der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren stellte, in Betracht. Dass die Anzeige keine Ladung im technischen Sinne darstellt, zeigt sich darin, dass durch B 168 den Parteien freigestellt wird, vor Gericht zu erscheinen oder nicht. An das Ausbleiben einer Partei knüpfen sich keine Säumnisfolgen (vergl. unten lit. b). Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass die Anzeige eine blosse Ordnungsmassnahme und daher ihre Unterlassung auf die Gültigkeit des Entscheides ohne Einfluss sei. Die Partei kann ein Interesse daran haben, vor dem Richter bestimmte Anbringen zu machen. Der Gesetzgeber will ihr regelmässig den Grundsatz des rechtlichen Gehörs gewahrt wissen. Ein Entscheid ohne vorausgegangener Terminsanzeige kann deshalb durch das ordentliche Rechtsmittel der Berufung an die obere Gerichtsinstanz angefochten werden (B 174).[38]) Die Form der Anzeige wird durch das kantonale Recht bestimmt.

b. Die Verhandlung selbst setzt nicht notwendigerweise ein kontradiktorisches Verfahren voraus. Das Gericht entscheidet am angesetzten Termin ohne Aufschub, auch in Abwesenheit der Parteien (B 171). Dagegen steht es gemäss B 168 den Parteien frei, vor Gericht zu erscheinen, sei es persönlich, sei es durch Vertretung.[39]) Daraus folgt, dass sie auf ihr Begehren auch zum Vortrag zugelassen werden müssen. Ein eigentliches prozessuales Parteiver-

---

kantonale Recht (B 22; vergl. § 11, I hievor). Aufzählung der Behörden bei Reichel, Art. 171, N. 1.

[37]) So richtig Reichel, Art. 168, N. 1.

[38]) So richtig Reichel, Art. 168, N. 1. Unrichtig ZBJV, XXVIII, 428 (Bern).

[39]) Die Vertretungsbefugnis richtet sich, da B keine besondern Vorschriften aufstellt, nach den Vorschriften des kantonalen ZP; vergl. Reichel, Art. 168, N. 3; Jaeger, Art. 168, N. 3; ZBJV XXXVI, 112 (Bern).

fahren ist jedoch nur dann einzuleiten, wenn die anwesenden Parteien sich widersprechende Anträge stellen.[40]) Erscheint dagegen nur eine Partei, so kann sie gegenüber der ausgebliebenen keinerlei Kontumazialfolgen verlangen, da dies der in B 168 statuierten Freiheit des Erscheinens oder Nichterscheinens widersprechen würde.

c. Notwendig ist in jedem Falle, d. h. gleichviel, ob die Parteien im Termin anwesend waren oder nicht, die Mitteilung des Erkenntnisses an sie (arg. B 174, Al. 1). Dieselbe bildet den Ausgangspunkt für die Berufungserklärung (vergl. unten lit. d). Ihre Art und Weise wird, als Bestandteil des Prozessverfahrens, durch das kantonale Recht geregelt.

d. Die Möglichkeit einer Weiterziehung des gefällten Entscheides wird bundesrechtlich für alle Fälle vorgesehen. Gegen das Erkenntnis, welches die Konkurseröffnung ausspricht oder das Konkursbegehren abweist, kann binnen zehn Tagen seit der Mitteilung desselben bei der obern Gerichtsinstanz Berufung eingelegt werden (B 174, Al. 1).

Die Kantone haben also zwei gerichtliche Instanzen zur Beurteilung des Konkursbegehrens vorzusehen und auch das Verfahren der Weiterziehung zu regeln.[41]) Die einzigen Bestimmungen, welche B 174, Al. 1 hinsichtlich des letztern aufstellt, gehen dahin, dass die Berufung direkt bei der obern Gerichtsinstanz, und zwar binnen zehn Tagen seit der Mitteilung des erstinstanzlichen Erkenntnisses, zu erfolgen hat.[42]) Die Einhaltung dieser Frist ist als Voraussetzung einer gültigen Berufung von Amtes wegen zu prüfen. Das Verfahren vor der obern Instanz wird, gleich wie das erstinstanzliche, durch das kantonale Recht geregelt, dessen allgemeine zivilprozessualen Vorschriften, mangels besonderer Spezialbestimmungen, darauf anwendbar sind.[43])

[40]) In diesem Sinne Bern EG 34, welches die Anwendung des Prozessverfahrens nur vorsieht, « wenn zwischen den Beteiligten Streit entsteht ».

[41]) Vergl. die kantonalen Bestimmungen bei Brand und Wasem, S. 91 ff.

[42]) Diese Berufung hat trotz ihrer Bezeichnung mit der zivilrechtlichen Berufung gemäss OG 56 nichts zu tun.

[43]) Dies z. B. mit Bezug auf die Eventualmaxime, welche die

Aufschiebende Wirkung hat die Berufungserklärung nur auf besondere Anordnung der obern Gerichtsinstanz oder ihres Präsidenten (B 36). In diesem Fall kann die obere Gerichtsinstanz die in B 170 erwähnten vorsorglichen Anordnungen (vergl. oben Ziff. 1, lit. d, dd) treffen.

Sofern und solange also keine aufschiebende Wirkung gewährt wird, muss demnach das erstinstanzliche Erkenntnis als rechtskräftig betrachtet werden, und es sind daher sofort nach seiner Fällung die gesetzlich vorgesehenen Vollziehungsvorkehren zu treffen (vergl. unten Ziff. 4). Durch die Gewährung aufschiebender Wirkung dagegen werden dieselben sistiert, durch einen den erstinstanzlichen aufhebenden oberinstanzlichen Entscheid schlechtweg beseitigt.[44])

Das Verhältnis dieser Berufung zu den übrigen Rechtsmitteln des kantonalen Zivilprozesses wird durch das kantonale Recht geregelt. Dasselbe kann bestimmen, dass die prozessuale Beschwerde, die Nichtigkeitsklage und die Revision (neues Recht) auch im vorliegenden Verfahren anwendbar sind.[45])

Von eidgenössischen Rechtsmitteln ist — wie bei allen summarischen Prozessverfahren — jedenfalls die zivilrechtliche Berufung und die Kassationsbeschwerde ausgeschlossen (vergl. § 11, III, Ziff. 1 und 2 hievor).[46]) Dagegen ist unter Umständen der staatsrechtliche Rekurs gegeben (vergl. § 11, III, Ziff. 3 hievor).

Geltendmachung neuer Tatsachen vor der obern Instanz ausschliesst. In diesem Sinne ZBJV XXVIII, 426, XXIX, 393 (Bern). Die Bedenken, welche Jaeger, Art. 174, N. 7 hiegegen zu hegen scheint, teile ich nicht. Dagegen bin ich mit ihm darin einverstanden, dass die obere Instanz eine seit dem erstinstanzlichen Erkenntnis erfolgte Tilgung oder Stundung zu berücksichtigen hat, sofern sie in der durch B 172, Ziff. 3 vorgesehenen Weise geltend gemacht wird, da hier eben eine positive Vorschrift des B in Frage steht. Ein Rückzug des Konkursbegehrens ist aber noch keine Stundung; vergl. A II, 38 (Zürich).

[44]) Ebenso Jaeger, Art. 174, N. 9; ZBJV XXXV, 342 (Bern).

[45]) Vergl. Jaeger, Art. 174, N. 7; A II, 38; BIHE IX, 97, 305 (Zürich); ZBJV XXVIII, 428, XLIII, 409 (Bern); Reichel, Art. 174, N. 6.

[46]) Ebenso Jaeger, Art. 174, N. 6; BE XIX, 120, XXII, 129.

3. Der Entscheid über das Konkursbegehren kann sich nach drei verschiedenen Richtungen hin äussern:

a. In der Zusprechung des Konkursbegehrens, welche zu erfolgen hat, sofern nicht die in B 172 und 173 erwähnten Fälle der Abweisung des Konkursbegehrens oder der Aussetzung des Erkenntnisses (vergl. unten lit. b und c) vorliegen (B 171).

Der Inhalt des Konkurserkenntnisses wird in B nicht geregelt. Dasselbe muss aber alles das enthalten, was zu seiner Vollziehung erforderlich ist. Dazu gehört vor allem die genaue Bezeichnung des Gläubigers und des Schuldners.[47]) Ferner ist darin der Zeitpunkt des Erkenntnisses selbst festzustellen, indem von diesem Zeitpunkte an der Konkurs als eröffnet gilt.[48]) Zu bestimmen ist daher nicht nur der Tag, sondern auch die Stunde der Fällung des Entscheides. Schliesslich sind im Entscheid auch noch die Kosten des Konkurserkenntnisses, bezw. einer demselben vorausgegangenen vorsorglichen Massnahme gemäss B 170 festzusetzen (Tarif 25–31). Gemäss Tarif 58 kann endlich dem obsiegenden Gläubiger auch eine Parteientschädigung zugesprochen werden (vergl. § 13, I, Ziff. 3 hievor).

b. Die Abweisung eines unter Beibringung der in B 166, Al. 1 vorgesehenen Belege gestellten Konkursbegehrens kann nur unter bestimmten, in B 172 genau geregelten Voraussetzungen erfolgen.[49])

aa. Das Gericht weist nämlich das Konkursbegehren ab, wenn die Konkursandrohung von der Aufsichtsbehörde aufgehoben ist (B 172, Ziff. 1). Das Gericht ist an eine solche Aufhebungsverfügung ohne materielle Nachprüfung ihrer Richtigkeit schlechtweg gebunden, gleichgültig ob dieselbe auf Beschwerde hin oder von Amtes wegen erfolgte (vergl. § 10, III hievor).[50])

---

[47]) Vergl. Jaeger, Art. 171, N. 4.

[48]) Vergl. eine nähere Würdigung der rechtlichen Bedeutung dieser Bestimmung bei Reichel, Art. 175, N. 1.

[49]) Ueber die rechtliche Bedeutung einer solchen Abweisung vergl. Jaeger, Art 172, N. 1.

[50]) Schwieriger ist die Frage, wie es zu halten ist, wenn die Aufhebung der Konkursandrohung erst erfolgte, nachdem das Gericht

bb. Das Konkursbegehren ist ferner abzuweisen, wenn dem Schuldner ein nachträglicher Rechtsvorschlag gemäss B 77 bewilligt wird (B 172, Ziff. 2; vergl. § 24, IV, Ziff. 3 hievor).

cc. Eine Abweisung des Begehrens hat endlich dann zu erfolgen, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist, oder dass der Gläubiger ihm Stundung gewährt hat (B 172, Ziff. 3). Dieser Einwand stellt nichts anderes dar als eine vor dem Konkursgericht selber geltend gemachte Einrede gemäss B 85 (vergl. § 28, II hievor).[51]) Wird dieselbe daher zugesprochen, so muss bei erfolgter Tilgung die Betreibung schlechtweg aufgehoben, bei erfolgter Stundung aber eingestellt werden.[52])

c. Eine Aussetzung des Entscheides über das Konkursbegehren findet statt:

aa. Wenn von der Aufsichtsbehörde infolge einer Beschwerde die Einstellung der Betreibung verfügt wird (B 173, Al. 1). In diesem Fall zessiert eben momentan die formelle Grundlage für ein gültiges Konkurserkenntnis, und es ist ungewiss, ob eine solche überhaupt jemals vorhanden sein wird. Das Gericht hat die Begründetheit der von der Aufsichtsbehörde getroffenen Einstellungsverfügung nicht nachzuprüfen. Es darf vielmehr die Sache so lange nicht behandeln, bis entweder die verfügte Einstellung zeitlich beendet ist, oder die Aufsichtsbehörde ihren endgültigen Entscheid über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Betreibung gefällt hat. Dieser Entscheid muss dem Ge-

bereits den Konkurs erkannt hat. Die Praxis hat mit Recht entschieden, dass ein solches Konkurserkenntnis als nicht vollstreckbar angesehen werden muss, da seine formelle Grundlage dahingefallen ist; vergl. A II, 2, 74 (Bern), A IV, 138 (Aargau).

[51]) Unter dem Gesichtspunkt von B 172, Ziff. 3 hat das Konkursgericht im Falle einer Betreibung auf Sicherheitsleistung auch zu prüfen, ob die vom Schuldner gegebene Sicherstellung genügend ist (vergl. § 28 hievor, Note 7).

[52]) Dieser Abweisungsgrund muss, wie jeder andere, strikte interpretiert werden. Die Einreichung eines Nachlassvertragsentwurfes durch den Schuldner fällt deshalb nicht darunter (vergl. BE XXX (1), 144).

richt mitgeteilt werden, worauf auch sein Erkenntnis erfolgt (B 173, Al. 3).

bb. Das Gericht setzt sein Erkenntnis ebenfalls aus, wenn es von sich aus findet, dass der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterliegt, oder dass ein nicht handlungsfähiger Schuldner in gesetzwidriger Weise betrieben ist (B 173, Al. 2). In Betracht kommen also hier nur einerseits der Fall der mangelnden Konkursfähigkeit des Schuldners und andererseits die direkte Zustellung der Betreibungsurkunde an einen handlungsunfähigen Schuldner in Widerhandlung gegen B 47.[53]) Da es sich aber hiebei um rein betreibungsrechtliche Fragen handelt, deren Entscheidung den Vollstreckungsbehörden zusteht, so kann das Konkursgericht nicht darüber urteilen. Es überweist vielmehr den Fall der Aufsichtsbehörde (B 173, Al. 2). Der von der letztern darüber gefasste Beschluss wird dem Konkursgericht mitgeteilt, worauf dessen Erkenntnis zu erfolgen hat (B 173, Al. 3). Eine Begrüssung der Parteien findet nicht statt.

4. Die rechtliche Wirkung des Entscheides äussert sich je nach dem Inhalte des letztern.

a. Wird das Konkursbegehren abgewiesen, so ist die betreffende Betreibung als abgeschlossen zu betrachten. Ein neues Konkursbegehren kann in derselben mit Rücksicht auf die materielle Rechtskraft des konkursgerichtlichen Entscheides nicht mehr gestellt werden.

b. Lautet der Entscheid auf Erkennung des Konkurses, so gilt der letztere vom Zeitpunkt der Fällung an als eröffnet. Das Gericht stellt diesen Zeitpunkt im Konkurserkenntnisse fest (B 175; vergl. oben Ziff. 3, lit. a). Im Falle einer Weiterziehung des Erkenntnisses an die obere Gerichtsinstanz und Bestätigung durch die letztere wird die Wirkung der Konkurseröffnung auf den Moment des erstinstanzlichen Entscheides zurückbezogen.[54])

[53]) Ueber die ratio legis vergl. Reichel, Art. 173, N. 1. Es kommt in jedem Fall nur die wirkliche Handlungsunfähigkeit in Betracht; vergl. dazu ZBJV XXXVII, 159 (Bern). Aus andern als den in B 173 genannten Gründen darf eine Aussetzung des Erkenntnisses nicht erfolgen; vergl. BE XXVI (1), 19.

[54]) Ebenso Jaeger, Art. 175, N. 1. Der Moment der Publikation des Entscheides ist nicht massgebend; vergl. SchwJZ IV, 47 (Zürich).

Das Konkurserkenntnis wird, sobald es vollstreckbar geworden ist, dem Konkursamte, dem Grundbuchführer und dem Handelsregisterführer mitgeteilt (B 176, ZGBE 60).[55])

Die Mitteilung an das Konkursamt geschieht, damit das letztere sofort die ihm gemäss B 221, Al. 1 obliegenden Massnahmen treffen kann (vergl. § 52, II hienach).[56])

Die Mitteilung an den Handelsregisterführer soll den letztern in Stand setzen, die Streichung des Schuldners im Handelsregister vorzunehmen.

Dem Grundbuchführer endlich muss die Mitteilung gemacht werden, damit er gemäss ZGB 960, Ziff. 2 mit Bezug auf die Grundstücke des Gemeinschuldners im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung vormerken kann.

§ 44.

Die Wechselbetreibung.

I. Begriff und Voraussetzungen.

Die Wechselbetreibung — auch etwa schnelle Konkursbetreibung genannt [1]) — ist, wie die ordentliche Konkursbetreibung, ein betreibungsrechtliches Verfahren zur Herbeiführung der Konkurseröffnung auf rein formeller Grundlage. Sie unterscheidet sich aber von der ordentlichen Konkursbetreibung einerseits durch ihre besondern Voraussetzungen, anderseits durch gewisse Verschiedenheiten im Verfahren selbst (vergl. unten II und III).

Die Voraussetzungen sind teilweise materiellrechtlicher, teilweise betreibungsrechtlicher Natur. Die Wechselbetreibung kann nämlich verlangt werden für For-

---

[55]) Durch Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 5. Mai 1894 wird angeordnet, dass die Konkurseröffnung gegenüber einem Sortimentsbuchhändler auch der Geschäftsstelle des Börsenvereins der deutschen Buchhändler in Leipzig mitzuteilen ist.

[56]) Zur Vollstreckung eines gesetzwidrig zustandegekommenen Konkurserkenntnisses ist das Konkursamt nicht verpflichtet, und auch die Aufsichtsbehörde kann eine solche untersagen; vergl. A XII, 2, 32; SchwJZ V, 30 (Tessin).

[1]) Vergl. Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886, S. 67.

derungen, die sich auf einen Wechsel oder einen Check gründen, auch wenn sie pfandversichert sind, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt (B 177, Al. 1).

1. In materiellrechtlicher Beziehung ist also erforderlich, dass sich die Forderung auf einen Wechsel oder einen Check gründet.

Objektiv muss demnach die Forderung eine Wechsel- oder Checkforderung im technischen Sinn darstellen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die ihr zu Grunde liegende Urkunde alle gesetzlichen Erfordernisse eines eigenen oder gezogenen Wechsels, bezw. des Checks aufweist (OR 722, 825, 830).[2]) Nicht in Betracht fallen also wechselähnliche oder andere indossable Papiere (OR 838 ff., 843 ff.). Dass eine Wechsel- oder Checkforderung pfandversichert ist, hindert die Wechselbetreibung nicht (B 177, Al. 1; vergl. § 14, III, Ziff. 2, lit. a, aa hievor).

In subjektiver Hinsicht ist erforderlich die wechselmässige Haftbarkeit des betriebenen Schuldners aus dem Wechsel oder Check, sei es als Aussteller, Akzeptant, Indossant oder Wechselbürge (OR 808, 827, Ziff. 11, 836).[3]) Dieses subjektive Requisit muss aber auch bei gewissen Nachfolgeverhältnissen als vorhanden angenommen werden. Dies ist vor allem der Fall beim Erben des Wechselschuldners, sofern sich der letztere wechselmässig gültig verpflichten konnte.[4]) Gleich behandelt wird in der Praxis

[2]) Massgebend ist dabei die Gestalt der Urkunde als solche und nicht die Absicht des Ausstellers. Vergl. namentlich hinsichtlich der Notwendigkeit einer Bezeichnung als Wechsel oder Check BE XXXI (1), 66, XXXII (1), 105. Eine im Ausland ausgestellte Urkunde muss als genügend betrachtet werden, sofern sie sich nach dem am Errichtungsort geltenden Recht als Wechsel oder Check charakterisiert; vergl. A XI, 99 (Zürich). Hinsichtlich anderer Erfordernisse der Urkunde (Bezeichnung des Ausstellungsortes) vergl. A IX, 116.

[3]) Hieher gehören aber nach der Praxis auch die Regressansprüche des Wechselbürgen gegen den Wechselschuldner; vergl. A X, 26 (Bern). Dagegen haftet nicht wechselmässig ein Bezogener, welcher nicht akzeptiert hat; vergl. A IV, 138.

[4]) Vergl. darüber Speiser, Zur Erläuterung von Titel 29 OR; ZschwR, NF., IV, 1 ff. Wie oben auch A IV, 108 (Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 3. Sept. 1895.)



aber auch der Übernehmer von Aktiven und Passiven einer Firma[5]) und ebenso der Kollektivgesellschafter nach Auflösung der Kollektivgesellschaft.[6])

Die Entscheidung über das Vorhandensein der objektiven und subjektiven Requisite kann, da es sich dabei ausschliesslich um Fragen des materiellen Rechts handelt, im Streitfalle einzig durch die Zivilgerichte getroffen werden. Wenn sich somit der Betriebene wegen Fehlens einer dieser Voraussetzungen der Wechselbetreibung widersetzen will, so hat er dies durch Rechtsvorschlag zu tun (B 182, Ziff. 3). Gleichwohl aber erfordern die tatsächlichen Verhältnisse eine vorläufige Untersuchung dieser Punkte seitens des Betreibungsbeamten, da er sich über die Zulässigkeit der Wechselbetreibung schlüssig zu machen hat. Keinesfalls aber präjudiziert seine Kognition einem nachfolgenden Gerichtsentscheid.[7])

2. Die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen der Wechselbetreibung machen sich nach drei Richtungen hin geltend:

a. Da das Ziel des Verfahrens die Herbeiführung des Konkurses ist, so muss der betriebene Schuldner der Konkursbetreibung unterliegen (B 177, Al. 1; vergl. § 43, I, Ziff. 1, lit. b hievor).[8]) Die Kognition hierüber liegt den Vollstreckungsbehörden ob; eine Bestreitung in diesem Punkte kann daher nur auf dem Beschwerdewege erfolgen.

b. Die Wechselbetreibung erfolgt nur auf ein ausdrückliches Begehren des Gläubigers. Derselbe hat

---

[5]) Vergl. BE XIX, 43, XXXIV (1), 125.

[6]) Dagegen haftet er nicht während des Bestehens der Gesellschaft für ihre Wechsel (vergl. A II, 10); sondern nur für seine eigenen, und zwar kann er dafür auch dann betrieben werden, wenn die Gesellschaft Nachlasstundung geniesst; vergl. A X, 69.

[7]) Ebenso BE XXIII, 55, XXVIII (1), 73, XXXI (1). 66, XXXII (1), 105; Jaeger, Art. 177, N. 3; A IV, 108, VII, 57, IX, 107, XI, 10, 20.

[8]) Die Konkursfähigkeit des Schuldners muss zur Zeit der Betreibungsanhebung gegeben sein. Ob sie im Moment der Wechselunterzeichnung vorhanden war, ist betreibungsrechtlich unerheblich; vergl. BE XXII, 206; Jaeger, Art. 177, N. 6.

die Wahl zwischen ihr und der zutreffenden ordentlichen Betreibungsart (B 177, Al. 1).[9])

c. Damit der Betreibungsbeamte das Vorhandensein der materiellrechtlichen Requisite überprüfen kann, ist endlich die Übergabe des Wechsels oder Checks an ihn erforderlich (B 177, Al. 2).[10])

II. Besonderheiten im Einleitungsverfahren.

Während sich die ordentliche Konkursbetreibung als Fortsetzung dem Einleitungsverfahren anschliesst (vergl. § 43, I hievor), greift die Wechselbetreibung als solche bereits in das letztere ein. Dies geschieht aus dem Grunde, weil man hier, der Natur der zu vollstreckenden Forderung angemessen, das Hauptgewicht auf eine möglichst rasche und ungehinderte Durchführung der Betreibung legt. Deshalb können auch alle Massnahmen in der Wechselbetreibung während der Betreibungsferien vorgenommen werden (B 56, Ziff. 3; vergl. § 19, I, Ziff. 2, lit. c hievor).

1. Die Anhebung der Wechselbetreibung geschieht durch ein Betreibungsbegehren des Gläubigers, welches sich von demjenigen in der gewöhnlichen Betreibung (B 67; vergl. § 22, II hievor) nur dadurch unterscheidet, dass eben darin ausdrücklich Wechselbetreibung verlangt und ihm die Urkunde beigelegt werden muss (vergl. oben I, Ziff. 2, lit. b und c).

2. Der Zahlungsbefehl dagegen weist tiefgehende Verschiedenheiten gegenüber der gewöhnlichen Betreibung auf.[11])

a. Sein Inhalt umfasst gemäss B 178 folgende Bestandteile:

aa. Die Angaben des Betreibungsbegehrens (B 178, Ziff. 1; vergl. oben Ziff. 1);

bb. die Aufforderung, den Gläubiger binnen fünf Tagen für die Forderung samt Betreibungskosten zu be-

---

[9]) Die Absicht des Gläubigers darf nicht präsumiert werden, auch wenn er den Wechsel oder Check dem Betreibungsbegehren beilegte; vergl. A IV, 108.

[10]) Bei Betreibung auf Sicherheitsleistung genügt die Uebergabe des Protestes; vergl. A IV, 25; Jaeger, Art. 177, N. 7.

[11]) Vergl. das amtliche Formular in Verordnung Nr. 1, Art. 12.

friedigen oder, falls die Betreibung auf Sicherheitsleistung geht (OR 744—746, 748), innerhalb dieser Frist sicher zu stellen (B 178, Ziff. 2).[12]) Der Unterschied gegenüber der gewöhnlichen Betreibung (vergl. § 23, II, Ziff. 2, lit. a hievor) besteht also in der Verkürzung der Zahlungsfrist auf einen Viertel der Zeit.

cc. Der Zahlungsbefehl enthält ferner die Eröffnung, dass der Schuldner während der nämlichen Frist von fünf Tagen einen Rechtsvorschlag unter Angabe der Gründe beim Betreibungsamt schriftlich eingeben oder wegen Missachtung der gesetzlichen Bestimmungen bei der Aufsichtsbehörde gemäss B 17 und 20 Beschwerde führen kann (B 178, Ziff. 3). Durch die letztere Bestimmung soll nicht etwa ein spezieller Beschwerdegrund geschaffen werden. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine informatorische Anzeige an den Schuldner.

dd. Nötig ist endlich die Erwähnung der Rechtsfolgen, denen nach Massgabe von B 188 der Schuldner durch Nichtbeachtung des Zahlungsbefehls sich aussetzt (B 178, Ziff. 4; vergl. unten III, Ziff. 1).

b. Die Behandlung des Zahlungsbefehls ist derjenigen in der gewöhnlichen Betreibung analog. Sowohl für die Ausfertigung als auch für die Zustellung werden durch B 178, Al. 2 die für die gewöhnliche Betreibung in B 70 und 72 aufgestellten Vorschriften als anwendbar erklärt (vergl. § 23, III und IV hievor). Eine Ausnahme wird lediglich hinsichtlich der Zustellungszeit gemacht, indem B 178, Al. 1 die unverzügliche Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner verlangt, so dass also B 71, wonach die Zustellung spätestens an dem auf den Eingang des Betreibungsbegehrens folgenden Tag stattfinden soll, hier nicht Platz greift. Der Betreibungsbeamte hat also, sofern es die gesetzlichen Bestimmungen über die geschlossene Zeit (B 56, Ziff. 1 und 2; vergl. § 19, II, Ziff. 1 hievor) zulassen, noch am nämlichen Tag zuzustellen.

---

[12]) Eine Betreibung auf Sicherheitsleistung erfolgt entweder wegen nicht erhaltener Annahme des Wechsels (OR 744) oder wegen Unsicherheit des Akzeptanten (OR 748).

3. Der Rechtsvorschlag ist bei der Wechselbetreibung nach Form, Behandlung und Wirkung anders geartet als bei der gewöhnlichen Betreibung.

a. Form und Inhalt charakterisieren sich dadurch, dass der Rechtsvorschlag hier, im Gegensatz zu der gewöhnlichen Betreibung, immer schriftlich und unter Angabe der Gründe beim Betreibungsamt eingegeben werden muss (B 178, Ziff. 3). Die Bedeutung der vorgeschriebenen Begründung liegt darin, dass ein ohne Motivierung erhobener Rechtsvorschlag als nicht erfolgt gilt. Dagegen darf — mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Verwirkungsbestimmung — nicht angenommen werden, dass alle vom Schuldner geltend zu machenden Einwendungen im Rechtsvorschlage selbst enthalten sein müssen. Vielmehr können derartige Einwendungen auch noch später in der gerichtlichen Verhandlung über den Rechtsvorschlag oder im Zivilprozessverfahren angebracht werden.[13]) Ebenso ist mangels einer entgegenstehenden Vorschrift auch eine Herbeischaffung der Beweismittel erst im gerichtlichen Termin erforderlich.[14])

b. Der Grund zur Erhebung des Rechtsvorschlages liegt in der Absicht des Schuldners, das Vorhandensein der materiellrechtlichen Voraussetzungen einer Wechselbetreibung, also entweder der Forderung als solcher oder der subjektiven und objektiven Wechselmässigkeit derselben zu bestreiten (vergl. oben I, Ziff. 1). Da B 182 die Gründe aufzählt, gestützt auf die ein Rechtsvorschlag bewilligt werden darf, so ist damit natürlich die Reihe der möglichen Rechtsvorschlagsgründe überhaupt erschöpfend normiert. Namentlich kann niemals das Vorhandensein betreibungsrechtlicher Requisite der Wechselbetreibung im Wege des Rechtsvorschlages bestritten werden (vergl. oben I, Ziff. 2).

c. Die Befristung des Rechtsvorschlages ist gegenüber der gewöhnlichen Betreibung auf die Hälfte, d. h. auf fünf Tage verkürzt. Und zwar ist diese Frist nicht nur,

---

[13]) Ebenso BE XIX, 43; Reichel, Art. 178, N. 7; Jaeger, Art. 178, N. 7; Martin, p. 165.

[14]) Ebenso Reichel, Art. 178, N. 7; ZBJV XXXIV, 48, XL, 469, SchwJZ II, 42, 116.

wie dort, eine peremtorische, sondern es ist gegen ihre Versäumung auch keine Wiedereinsetzung in Form eines nachträglichen Rechtsvorschlages gegeben, da B 77 nirgends als anwendbar erklärt wird.[15])

d. Die äusserliche Behandlung des Rechtsvorschlages wird durch folgende Bestimmungen geregelt:

aa. Die Eingabe des Rechtsvorschlages ist dem Betriebenen auf Verlangen gebührenfrei zu bescheinigen (B 179).

bb. Der Inhalt des Rechtsvorschlages wird dem Betreibenden auf der für ihn bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls mitgeteilt; wurde ein Rechtsvorschlag nicht eingegeben, so wird dies in derselben vorgemerkt. Diese Ausfertigung wird dem Betreibenden sofort nach der Eingabe des Rechtsvorschlages oder falls ein solcher nicht erfolgte, unmittelbar nach Ablauf der Eingabefrist zugestellt (B 180).[16])

4. Die Hemmungswirkung des Rechtsvorschlages ist hier – im Gegensatz zu der gewöhnlichen Betreibung – keine direkte und unmittelbare. Sie tritt vielmehr nur insofern ein, als sie durch gerichtlichen Entscheid festgesetzt wird. Dagegen braucht der Schuldner um eine solche Zubilligung nicht selbst beim Gerichte einzukommen. Das Betreibungsamt legt vielmehr dem letztern den Rechtsvorschlag von Amtes wegen unverzüglich vor (B 181).[17])

Die sachlich zuständige Gerichtsbehörde wird gemäss B 22 durch das kantonale Recht bezeichnet.[18]) Oertlich zuständig ist das Gericht des Betreibungsortes (vergl. § 11, I, Ziff. 2 hievor).[19])

---

[15]) Ebenso Jaeger, Art. 178, N. 7.

[16]) Trotz des Wortlautes in B 180, Al. 2 handelt es sich dabei nicht um eine Zustellung im technischen Sinn, sondern um eine blosse Mitteilung (vergl. § 20, IV hievor).

[17]) Das Betreibungsamt hat dabei nicht zu prüfen, ob die eingereichte Erklärung den formellen und materiellen Erfordernissen eines Rechtsvorschlages genügt; vergl. BE XXVI (1), 72.

[18]) Vergl. die kantonalen Bestimmungen bei Brand und Wasem, S. 91 ff.

[19]) Ebenso Jaeger, Art. 181, N. 4.

Das gerichtliche Verfahren ist, da es eine Entscheidung über einen Rechtsvorschlag bezweckt, ein summarisches Prozessverfahren, dessen nähere Regelung Sache der Kantone ist (B 25, Ziff. 2; vergl. § 11, II, Ziff. 3 hievor). Das Bundesrecht begnügt sich damit, einige normierende Vorschriften aufzustellen.

Vor allem wird bestimmt, dass das Gericht mit oder ohne Einvernahme der Parteien binnen fünf Tagen über die Bewilligung des Rechtsvorschlages entscheidet (B 181). Diese Bestimmung ist so auszulegen, dass das Gericht jedenfalls — und zwar in der durch das kantonale Recht vorgeschriebenen Form — die Parteien vorzuladen, oder ihnen in anderer Weise Gelegenheit zur Verteidigung ihres Standpunktes zu geben hat.[20]) Kommen sie dieser Aufforderung nicht oder nicht rechtzeitig nach, so hat das Gericht ohne Rücksicht auf diesen Umstand auf Grund der vorliegenden Akten zu entscheiden. Jedenfalls aber muss der Entscheid binnen fünf Tagen seit der Übergabe des Rechtsvorschlages an das Gericht erfolgen.[21])

Der Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wird den Parteien sofort mitgeteilt (B 184, Al. 1). Dieselben können innerhalb fünf Tagen nach dessen Mitteilung bei der obern kantonalen Gerichtsinstanz Berufung einlegen (B 185). Die Praxis nimmt jedoch an, dass es mit Rücksicht auf B 25, Ziff. 2 Sache des kantonalen Rechtes sei, die Voraussetzungen der Berufung zu regeln, wobei es demselben auch anheimstehe, dafür eine Wertgrenze festzusetzen.[22])

---

[20]) Ebenso Jaeger, Art. 181, N. 4. Nicht ganz bestimmt Reichel, Art. 181, N. 3. Wie oben im Text auch BE XXVII (1), 70; Martin, p. 166.

[21]) Es handelt sich dabei um eine blosse Ausführungsfrist mit dem Charakter einer Ordnungsvorschrift (vergl. § 18, I, Ziff. 1 hievor).

[22]) Vergl. Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 17. Februar 1891 (BBl. 1891, I, S. 372); BE XXIV (1), 1. Eine Aufzählung der Kantone, welche die Berufung in diesem Sinne beschränken, vergl. bei Reichel, Art. 185, N. 1. Eine Berufung an das Bundesgericht ist ausgeschlossen; vergl. § 11, III, Ziff. 1 hievor, sowie BE XIX, 31. Dagegen kann bei Vorliegen von Willkür

Legitimiert zur Berufungserklärung ist sowohl der mit seinem Rechtsvorschlage abgewiesene Schuldner, als auch der Gläubiger im Falle einer Bewilligung des Rechtsvorschlages. Die Form regelt, wie das übrige Verfahren, das kantonale Recht.

Aufschiebende Wirkung kommt der Berufungserklärung gemäss B 36 nur auf besondere Anordnung der oberen Gerichtsbehörde oder ihres Präsidenten zu. Von einer solchen Anordnung ist den Parteien sofort Kenntnis zu geben.

5. Die Bewilligung des Rechtsvorschlages ist an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die in B 182 abschliessend aufgezählt werden. Will also der Schuldner die Betreibung aus andern Gründen hemmen, so kann er dies nur auf dem Beschwerdewege tun (vergl. oben Ziff. 3, lit. b).[23])

a. Das Gericht bewilligt den Rechtsvorschlag, wenn durch Urkunden bewiesen wird, dass die Schuld an den Inhaber des Wechsels oder Checks bezahlt oder durch denselben nachgelassen oder gestundet ist (B 182, Ziff. 1). Zur Substanzierung dieses Rechtsvorschlagsgrundes genügt also nicht jede Tilgung der Schuld, sondern nur ihre Bezahlung an den Inhaber der Urkunde, sowie Erlass und Stundung durch den letztern. Eine andere Tilgungsart kann höchstens gestützt auf B 182, Ziff. 4 geltend gemacht werden (vergl. unten lit. d).[24])

b. Der Rechtsvorschlag ist ferner zu bewilligen, wenn Fälschung des Titels glaubhaft gemacht wird (B 182, Ziff. 2). Diese Fälschung kann bestehen in der Fälschung des Inhaltes der Urkunde oder aber in der Fälschung der Unterschrift des betriebenen Schuldners.

Falsche oder gefälschte Unterschriften auf einem Wechsel sind gemäss OR 801 ohne Einfluss auf die Wechselkraft der darauf befindlichen echten Unterschriften. Der Betriebene kann sich also nur auf eine Fälschung derjenigen Unterschrift berufen, aus welcher er selbst haftet.

---

oder einer andern Verfassungsverletzung der staatsrechtliche Rekurs ergriffen werden; vergl. BE XXIV (I), 1, sowie Jaeger, Art. 185, N. 4.

[23]) Ebenso Jaeger, Art. 182, N. 1; Reichel, Art. 182, N. 1.

[24]) Ebenso Reichel, Art. 182, N. 2; SchwJZ II, 64 (Bern).

Behauptet der Betriebene eine Fälschung des Wechselinhaltes, d. h. eine Veränderung des letztern nach Summe, Verfallzeit etc., so befreit ihn dies nur dann, wenn nicht nachgewiesen ist, dass diese Veränderung vor seiner eigenen Unterzeichnung erfolgte. Gemäss OR 802, Al. 1 haften nämlich alle diejenigen, welche den Wechsel erst nach der Veränderung gezeichnet haben, in Gemässheit des veränderten Inhaltes wechselmässig. Freilich liegt hier die Beweislast dem Gläubiger ob; denn, ist nicht erweislich, ob die Zeichnung vor oder nach der Veränderung stattgefunden habe, so wird laut OR 802, Al. 2 angenommen, dass sie schon vor derselben erfolgt sei.[25])

Einen strikten Beweis der Fälschung hat der Betriebene seinerseits nicht zu erbringen, wie ihm dies auch meistens schon mit Rücksicht auf die Kürze der Zeit wohl nicht möglich wäre. Es genügt vielmehr die blosse Glaubhaftmachung.[26])

c. Ein weiterer Bewilligungsgrund liegt vor, wenn eine aus dem Wechselrecht hervorgehende Einrede begründet erscheint (B 182, Ziff. 3). Hierunter sind diejenigen Einreden zu verstehen, welche sich gegen die Existenz einer wechselmässigen Verpflichtung des Betriebenen richten, sei es, dass wegen Nichterfüllung der wechselrechtlichen Vorschriften eine wechselmässige Haftung des Betriebenen ganz oder teilweise nicht zu Stande kam (vergl. oben I, Ziff. 1), sei es, dass aus den nämlichen Gründen eine bereits entstandene wechselmässige Haftung wieder erloschen ist.[27])

Auch für diese Einreden wird, wie aus dem Wortlaut in B 182, Ziff. 3 («wenn eine . . . Einrede begründet er-

[25]) Vergl. BE XXIX (1), 78. Die Vorschriften in OR 801, 802 gelten gemäss OR 827, Ziff. 10 und 836 auch für den Eigenwechsel und den Check.

[26]) Ebenso Jaeger, Art. 182, N. 8; Reichel, Art. 182, N. 6; Monatsblatt für bern. Rechtsprechung XIII, S. 177. Ueber die Natur der Glaubhaftmachung vergl. § 27, IV, Ziff. 2, lit. b, aa hievor.

[27]) Vergl. eine Aufzählung dieser Einreden bei Hafner, Kommentar zum OR, 2. Aufl., Art. 811, N. 2; Rossel, Manuel du droit des obligations, p. 950 ss; Jaeger, Art. 182, N. 9; Martin, p. 167.

scheint») hervorgeht, kein strikter Beweis, sondern eine blosse Glaubhaftmachung gefordert.[28])

d. Endlich bewilligt das Gericht den Rechtsvorschlag, wenn eine andere (als die aus dem Wechselrecht hervorgehenden) nach OR 811 zulässige Einrede erhoben wird, deren Inhalt glaubhaft erscheint (B 182, Ziff. 4). Es handelt sich dabei um solche Einreden, welche nicht aus dem Wechselrecht hervorgehen, sondern gewöhnlicher zivilrechtlicher Natur sind, jedoch dem betriebenen Schuldner gegenüber dem betreibenden Gläubiger persönlich zustehen. Hieher gehört jede Einwendung des nicht gültigen Zustandekommens einer Verbindlichkeit (infolge Zwanges, Irrtums, Betrugs, Unsittlichkeit, mangelnder Handlungsfähigkeit etc.); ferner jede Einrede des Erlöschens der Schuld, abgesehen von den in B 182, Ziff. 1 genannten Fällen (vergl. oben lit. a).[29])

Auch für diese Einreden bedarf es nicht eines strikten Beweises, sondern der blossen Glaubhaftmachung.[30])

Diese rein zivilrechtlichen Einreden vermögen aber bloss eine bedingte Bewilligung des Rechtsvorschlages herbeizuführen, d. h. dieselbe erfolgt nur gegen gleichzeitige Hinterlegung der Forderungssumme in Geld oder Wertschriften (B 182, Ziff. 4).[31]) Die Hinterlegung soll gleichzeitig mit der Bewilligung des Rechtsvorschlages erfolgen, d. h. der letztere wird nur bewilligt unter der Bedingung, dass der Betriebene sogleich oder binnen einer vom Richter zu bestimmenden ganz kurzen Frist die Hinterlegung vornimmt.[32]) Der Richter hat die Hinterlage ent-

[28]) Ebenso Jaeger, Art. 182, N. 9.

[29]) Vergl. Hafner, Kommentar zum OR, Art. 811, N. 3; Rossel, Manuel p. 951 ss; Jaeger, Art. 182, N. 10, sowie Generalregister zu BE XX — XXX, S. 231 ff.

[30]) Vergl. SchwJZ III, 302 (Genf); ZBJV XLIII, 354 (Bern).

[31]) Die Vorschrift ist strikte auszulegen, so dass jedenfalls eine Hinterlage nur in dem in B 182, Ziff. 4 vorgesehenen Fall gefordert werden darf; vergl. ebenso BE XXXII (1), 3.

[32]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 182, N. 3; dagegen SchwJZ V, 349 (Thurgau), wo eine Hinterlegung in der gerichtlichen Verhandlung selbst gefordert wird, was regelmässig faktisch unmöglich sein wird.

gegenzunehmen, auf ihre Suffizienz zu prüfen und nach Massgabe des kantonalen Zivilprozessrechtes zu verwahren oder verwahren zu lassen.[33]) Die Hinterlegung, welche durch keine andere Art der Sicherheitsleistung ersetzt werden kann, bezweckt die Deckung des Gläubigers, falls er den von ihm gemäss B 184, Al. 2 anzuhebenden Prozess gewinnt.[34]) Hebt der Gläubiger den Prozess nicht rechtzeitig an oder verliert er ihn, so wird die Hinterlage dem Schuldner zurückgegeben (vergl. unten Ziff. 6, lit. b).

6. Die Wirkungen des gerichtlichen Entscheides über den Rechtsvorschlag machen sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

a. Ist der Rechtsvorschlag bewilligt, so wird die Betreibung eingestellt; der Gläubiger hat zur Geltendmachung seines Anspruches den ordentlichen Prozessweg zu betreten (B 186). Immerhin kann der Gläubiger, welcher im Zivilprozess ein obsiegliches Urteil erhält, ohne weiteres das Konkursbegehren stellen, die Betreibung also fortsetzen, wie wenn kein Rechtsvorschlag erfolgt wäre. Es ergibt sich dies implicite aus B 188 (vergl. unten III im Anfang, sowie Ziff. 1).[35])

b. Ist der Rechtsvorschlag nur nach Hinterlegung des streitigen Betrages bewilligt worden, so wird der Gläubiger aufgefordert, binnen zehn Tagen die Klage auf Zahlung anzuheben (B 184, Al. 2; vergl. oben Ziff. 5, lit. d). Es ist dies die nämliche zivilrechtliche Forderungsklage, wie sie der Gläubiger zur Realisierung seines Anspruches auch dann anzustellen hat, wenn der Rechtsvorschlag schlechtweg bewilligt wurde (vergl. oben lit. a). Der einzige Vorteil, welchen er hier besitzt, besteht darin, dass seine Forderung durch die Hinterlage des Schuldners sichergestellt

---

[33]) Die Voraussetzungen einer Hinterlegung bei der Depositenanstalt gemäss B 9 fehlen; vergl. auch Jaeger, Art. 183, N. 13.

[34]) Ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Kautionsleistung oder auch nur ein Anspruch auf Einsichtnahme kommt dem Gläubiger nicht zu; vergl. BE XXX (1), 117.

[35]) In diesem Sinn auch Jaeger, Art. 186, N. 2.



ist, so dass er im Falle eines Prozessgewinnes zweifellos gedeckt wird, ohne dass er die Betreibung weiter zu führen braucht. Dieser Vorteil bleibt ihm aber nur dann gewahrt, wenn er rechtzeitig, d. h. binnen zehn Tagen seit der amtlichen Mitteilung des Entscheides über den Rechtsvorschlag, Klage erhebt. Der Entscheid hat denn auch die ausdrückliche Aufforderung hiezu zu enthalten. Kommt der Gläubiger dieser Aufforderung nicht nach, so wird die Hinterlage zurückgegeben (B 184, Al. 2). Diese Rückgabe wird durch das Gericht von Amtes wegen verfügt, ohne dass es dazu eines Antrages seitens des Betriebenen bedürfte. Der Gläubiger seinerseits kann in diesem Falle nur noch gemäss B 186 Klage erheben.

c. Die Verweigerung einer Bewilligung des Rechtsvorschlages vereitelt jede Hemmungswirkung des letztern. Die Betreibung kann deshalb sogleich durch Stellung des Konkursbegehrens fortgesetzt werden (vergl. unten III). Das Institut der Rechtsöffnung, wie es durch B 80 ff. für die gewöhnliche Betreibung vorgesehen wird, kommt hier nicht zur Anwendung.

Verweigert das Gericht die Bewilligung des Rechtsvorschlages, so kann es vorsorgliche Massnahmen treffen, insbesondere die Aufnahme des Güterverzeichnisses gemäss B 162—165 anordnen (B 183; vergl. § 43, III hievor). Diese Massnahme erfolgt von Amtes wegen. Der Gläubiger ist zur Antragstellung weder verpflichtet noch befugt.[36])

Zur Sicherung des Schuldners kann aber das Gericht nötigenfalls dem Gläubiger eine Sicherheitsleistung auferlegen (B 183, Al. 2). Es ist dies die in den wechselrechtlichen Vorschriften, OR 812, vorgesehene Kautionsauflage.[37])

7. Ein gewisses Korrektiv gegenüber der streng formellen Regelung des Rechtsvorschlages und seiner Behandlung in der Wechselbetreibung bildet die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage. Wer infolge Unterlassung

---

[36]) Ebenso Jaeger, Art. 183, N. 3.

[37]) Ein Antrag des Schuldners kommt dabei nicht in Betracht; vergl. SchwJZ V, 312 (Waadt).

oder Nichtbewilligung eines Rechtsvorschlages eine Nichtschuld bezahlt hat, kann das Rückforderungsrecht gemäss B 86 ausüben (B 187; vergl. § 28, III, hievor).[38])

III. Die Konkurseröffnung.

Zum Zwecke der Beschleunigung der Zwangsvollstreckung, sowie mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Einleitungsverfahrens, wird bei der Wechselbetreibung dasjenige Stadium, welches seinem Inhalte nach der ordentlichen Konkursbetreibung entspricht, durch Weglassung der Konkursandrohung verkürzt. Ist daher ein Rechtsvorschlag nicht eingegeben, oder ist er beseitigt, nichtsdestoweniger aber dem Zahlungsbefehl nicht genügt worden, so kann der Gläubiger unter Vorlegung des Forderungstitels und des Zahlungsbefehls, sowie, gegebenenfalles. des Gerichtsentscheides, das Konkursbegehren stellen (B 188, Al. 1).

1. Das Konkursbegehren unterscheidet sich weder seiner Form noch seinem Inhalte nach von demjenigen in der ordentlichen Konkursbetreibung (vergl. § 43, IV, Ziff. 1, lit. b hievor). Auch die Wirkungen der Stellung des Konkursbegehrens sind im grossen und ganzen die nämlichen, wie bei der ordentlichen Konkursbetreibung (vergl. § 43, IV, Ziff. 1, lit. d hievor). Namentlich werden in B 189, Al. 2 die Vorschriften in B 169 und 170 als anwendbar erklärt. Einerseits also haftet der das Konkursbegehren stellende Gläubiger für die bis zur ersten Gläubigerversammlung entstehenden Kosten und kann vom Gericht zur Leistung eines entsprechenden Kostenvorschusses angehalten werden. Anderseits kann das Gericht sofort nach Anbringung des Konkursbegehrens die zur Wahrung der Rechte des Gläubigers notwendigen vorsorglichen Anordnungen treffen.

Das Recht zur Stellung des Konkursbegehrens ist auch hier befristet. Es erlischt mit Ablauf eines Monats seit

---

[38]) Eine Beschränkung der vom Schuldner zu erhebenden Einwände im Sinne von B 182 findet hier nicht statt; vergl. BE XXXI (2), 92.



der Zustellung des Zahlungsbefehls. Hat der Schuldner einen Rechtsvorschlag eingegeben, so fällt die Zeit zwischen der Eingabe desselben und dem Entscheid über dessen Bewilligung, sowie, im Falle der Bewilligung, die Zeit zwischen der Anhebung und der gerichtlichen Erledigung der Klage nicht in Berechnung (B 188, Al. 2).

2. Das Verfahren zur Entscheidung über das Konkursbegehren wickelt sich vor dem Konkursgerichte ab wie bei der ordentlichen Konkursbetreibung. Nur ist es hier noch summarischer geordnet, wie dort. Das Gericht spricht binnen drei Tagen nach Anbringung des Konkursbegehrens ohne Parteiverhandlung die Konkurseröffnung aus (B 189, Al. 1). Eine Parteiverhandlung wird vom Gesetzgeber offenbar deswegen für unnötig erachtet, weil diejenigen Momente, welche eine Hemmung der Betreibung herbeiführen könnten und der Kognition des Gerichtes unterliegen, bereits im Verfahren betreffend die Entscheidung über den Rechtsvorschlag zu prüfen waren. Es werden denn auch hier — im Gegensatz zur ordentlichen Konkursbetreibung (B 172) — keine bestimmten Abweisungsgründe aufgezählt. Der Konkursrichter hat lediglich zu prüfen, ob die in B 188, Al. 1 vorgesehenen Belege des Konkursbegehrens ordnungsgemäss vorhanden sind oder nicht. Da hiezu auch die Forderungsurkunde gehört, so ist anzunehmen, dass der Schuldner dem Richter durch Urkunden den Nachweis erbringen kann, dass die Forderung infolge Tilgung oder Stundung nicht mehr oder doch im gegenwärtigen Moment nicht zu Recht besteht. Geschieht dies, so hat der Richter, weil eine gültige Forderungsurkunde gemäss B 188, Al. 1 nicht vorliegt, das Konkursbegehren entweder definitiv oder doch vorläufig abzuweisen.[59])

Ferner aber wird durch B 189, Al. 2 auch B 173 als anwendbar erklärt. Wird also von der Aufsichtsbehörde infolge einer Beschwerde die Einstellung der Betreibung verfügt oder findet das Gericht von sich aus, dass der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterliegt, bezw.

[59]) Aehnlich argumentiert Jaeger, Art. 189, N. 4. Nur gestreift wird die Frage in BE XXXII (2), 63, Erw. 8.



dass ein nicht handlungsfähiger Schuldner in gesetzwidriger Weise betrieben ist, so setzt es sein Erkenntnis aus, bis ihm der — im letztern Fall von ihm selbst provozierte — Entscheid der zuständigen Aufsichtsbehörde über die Zulässigkeit einer Weiterführung der Betreibung mitgeteilt wurde (vergl. § 43, IV, Ziff. 3, lit. c hievor).

Eine Weiterziehung des Konkurserkenntnisses an eine obere Gerichtsbehörde ist ausgeschlossen, da B 174 auf die Wechselbetreibung nicht als anwendbar erklärt wird.[40])

3. Die rechtlichen Wirkungen des Entscheides sind die nämlichen wie bei der ordentlichen Konkursbetreibung. Diee ntsprechenden Vorschriften in B 175, 176 werden durch B 189, Al. 2 als anwendbar erklärt. Der Konkurs gilt also von dem Zeitpunkte an als eröffnet, in welchem er erklärt wird, und es ist dieser Zeitpunkt im Konkurserkenntnis festzustellen. Das letztere wird, sobald es vollstreckbar geworden ist, dem Konkursamt, dem Handelsregisterführer und dem Grundbuchführer mitgeteilt (vergl. § 43, IV, Ziff. 4 hievor).

§ 45.

Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung.

I. Begriff und Arten.

Eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung, d. h. ohne vorheriges Stattfinden des Einleitungsverfahrens, sowie der ordentlichen Konkursbetreibung, bezw. der Wechselbetreibung, wird durch das Gesetz da vorgesehen, wo nach der Lage des Einzelfalles ein derartiges Verfahren entweder unmöglich oder aber dem Gläubiger nicht zuzumuten, oder endlich der Natur der Sache nach unnütz wäre.

An Stelle der — in B als Regel vorgesehenen — formellen Voraussetzungen tritt hier als Grundlage der Konkurseröffnung ein bestimmter äusserer, vom Gesetz genau umschriebener Tatbestand (materieller Konkursgrund; vergl. § 41, II hievor). Sein Vorhandensein ermöglicht es dem Berechtigten, ohne vorherige Begrüssung der Voll-

[40]) Ebenso Reichel, Art. 189, N. 3; SchwJZ III, 151 (Waadt).

streckungsbehörde, beim Richter das Konkursbegehren zu stellen. Dabei ist in einigen Fällen nicht einmal die persönliche Konkursfähigkeit des Schuldners (Eintragung im Handelsregister; vergl. § 15, IV, Ziff. 2 hievor) notwendig, sondern es kann der Konkurs in diesen Fällen gegen jeden Schuldner eröffnet werden.[1]) Ein weiteres Charakteristikum unserer materiellen Konkursgründe, welches gewissermassen formalistische Tendenzen verrät, liegt darin, dass der Nachweis des Vorhandenseins einer Mehrheit von Gläubigern nicht erforderlich ist.[2])

Der Anstoss zur Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung kann von drei verschiedenen Seiten ausgehen: Vom Gläubiger (B 190; vergl. unten II), vom Schuldner selbst (B 191, 192; vergl. unten III), und endlich von amtlicher Seite (B 193; vergl. unten IV).

II. Die Herbeiführung der Konkurseröffnung durch den Gläubiger.

Der Gläubiger kann die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung dann verlangen, wenn durch bestimmte Handlungen oder Verhältnisse des Schuldners sein Forderungsanspruch derart gefährdet wird, dass ihm billigerweise die Einschlagung des eigentlichen schuldbetreibungsrechtlichen Verfahrens (Einleitungsverfahren und Konkursbetreibung) nicht mehr zugemutet werden könnte, bezw. wenn deren Durchführung als unmöglich oder ohne praktischen Zweck erscheint.

1. Die Voraussetzungen eines solchen Vorgehens werden in B 190 abschliessend geregelt. Sie bestehen einerseits im unbekannten Aufenthalt des Schuldners, anderseits in bestimmten Handlungen des letztern, welche auf eine Beeinträchtigung der materiellen und betreibungsrechtlichen Interessen des Gläubigers abzielen, sowie endlich in bestimmten Tatbeständen, woraus offensichtlich hervorgeht, dass ein im Handelsregister eingetragener und deshalb

[1]) Hiedurch unterscheiden sich die materiellen Konkursgründe in ihrer Gesamtheit von denjenigen anderer Gesetzgebungen, z. B. der deutschen KO; vergl. Hellmann, Lehrbuch, S. 124 ff.

[2]) Vergl. Reichel, Art. 190, Al. 1.

der Konkursbetreibung unterliegender Schuldner nicht mehr im Stande ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.

a. Hinsichtlich des unbekannten Aufenthaltes schreibt B 190, Ziff. 1 vor, dass der Gläubiger ohne vorgängige Betreibung die Konkurseröffnung gegen jeden Schuldner verlangen kann, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist.

Erforderlich ist also vor allem die Unbekanntheit des Aufenthaltsortes und nicht etwa bloss des Wohnsitzes. Die Unbekanntheit des Aufenthaltsortes muss ferner eine absolute sein, d. h. sie ist nicht vorhanden, wenn man zwar weiss, wo sich der Schuldner aufhält, er aber dort rechtlich nicht belangbar ist. Eine solche absolute Unbekanntheit des Aufenthaltsortes wird regelmässig bei juristischen Personen und Gesellschaften nicht vorkommen, da sonst direkt ihre Existenz in Zweifel gezogen werden muss.[3])

Umgekehrt genügt es nicht, um diesen Konkursgrund auszuschliessen, dass der unbekannt abwesende Schuldner in der Schweiz oder anderswo einen gesetzlichen oder vertraglichen Vertreter hat. Streitig kann dagegen die Frage, ob unbekannter Aufenthalt vorliegt, werden, wenn der abwesende Schuldner in der Schweiz eine eigentliche Geschäftsniederlassung gemäss B 50, Al. 1 besitzt.[4]) Hiebei wird zu untersuchen sein, ob trotz der unbekannten Abwesenheit des Schuldners seine schweizerische Geschäftsniederlassung noch in regelmässigem und ordentlichem Betrieb steht. Trifft dies zu, so kann auch von einer absoluten Unbekannntheit des Aufenthaltes nicht wohl die Rede sein, da sich ja der Schuldner faktisch in der Schweiz

---

[3]) In diesem Sinne auch Leemann, Konkursgründe, S. 46; Jaeger, Art. 190, N. 6.

[4]) Jaeger, Art. 190, N. 5 und Leemann, S. 49 ff. wollen hier die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung nur dann zulassen, wenn auch der Aufenthalt eines allfälligen Geschäftsführers unbekannt ist.

betätigt. Ist dies aber nicht der Fall, so würde es der ratio legis widersprechen, wollte man den Gläubiger gestützt auf eine blosse Firmabezeichnung des Schuldners der ihm durch B 190, Ziff. 1 gebotenen Garantien berauben.

Auf die persönlichen Eigenschaften des Schuldners kommt nichts an. Er braucht namentlich nicht konkursfähig gemäss B 39, d. h. im Handelsregister eingetragen zu sein. Dagegen muss er in der Schweiz einen Betreibungsort besitzen, welcher zur Anhebung einer Konkursbetreibung geeignet ist. [5]) Bei der allgemeinen Fassung der Vorschrift in B 190, Ziff. 1 muss angenommen werden, dass als solcher Betreibungsort jeder der in B 46—54 genannten in Betracht fallen kann, mit Ausnahme des Arrestortes (B 52). [6]) Dagegen dürfen die Vorschriften in B 46 ff. nicht etwa analog angewendet werden. [7])

b. Die Handlungen des Schuldners zur Schädigung der Interessen der Gläubiger, welche in B 190, Ziff. 1 als Konkursgründe dem unbekannten Aufenthalt gleichgestellt werden, setzen sich aus folgenden Tatbeständen zusammen:

aa. Zahlungsflucht. Der Gläubiger kann die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung verlangen gegen jeden Schuldner, der die Flucht ergriffen hat, um sich seiner Verbindlichkeiten zu entziehen (B 190, Ziff. 1).

Zur Erfüllung dieses Tatbestandes ist nötig, dass der Schuldner seinen bisherigen Wohnsitz oder Aufenthaltsort verlassen hat, um seine Belangung durch den Gläubiger zu verhindern. Daraus ergibt sich umgekehrt, dass von einer

---

[5]) Ebenso Reichel, Art. 190, N. 5; Leemann, S. 47.

[6]) Ebenso Jaeger, Art. 190, N. 5, welcher mit Recht hervorhebt, dass auch ein Pfandgläubiger in diesem Falle die Konkurseröffnung begehren kann. BE XXXII (1), 4 scheint unbegründeter Weise überhaupt nur den Wohnsitz als Konkursort zulassen zu wollen.

[7]) Namentlich darf nicht etwa B 54 auf einen Schuldner angewendet werden, welcher einmal einen Wohnsitz in der Schweiz besass, denselben aber später — ohne flüchtig zu werden — aufgab und nun unbekannten Aufenthaltes ist. Nicht ganz klar Leemann, S. 47.

Zahlungsflucht im Sinne des Gesetzes nicht gesprochen werden kann, sofern der Schuldner durch seinen Wegzug einen neuen Betreibungsort geschaffen hat, indem er irgendwo in der Schweiz Wohnsitz oder Aufenthalt nahm.[8]) Umgekehrt aber hindert das Vorhandensein eines gesetzlichen oder vertraglichen Vertreters des Schuldners den Eintritt des Konkursgrundes nicht.[9])

Für die Vollziehung des in diesem Falle zu eröffnenden Konkurses schafft B 54 einen besondern Betreibungsort durch die Vorschrift, dass gegen einen flüchtigen Schuldner der Konkurs an dessen letztem Wohnsitze eröffnet wird (vergl. § 17, IV, Ziff. 2 hievor).

bb. Zur Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung genügen ferner betrügerische Handlungen, welche der Schuldner zum Nachteile der Gläubiger begangen hat oder zu begehen versuchte (B 190, Ziff. 1).[10])

Der Begriff der vollendeten oder versuchten betrügerischen Handlung im Sinne dieser Gesetzesvorschrift deckt sich nicht mit dem strafrechtlichen Tatbestand des Betruges, bezw. des Betrugsversuches.[11]) Vielmehr fällt darunter jede fraudulöse Handlung, welche der Schuldner

---

[8]) Ebenso BE XXV (1), 65; Jaeger, Art. 190, N. 7 und Art. 54, N. 1. Leemann, S. 61 will dabei eine Ausnahme machen gegenüber dem Grundpfandschuldner, welcher sein Grundstück unbebaut und unversorgt zurücklässt, um sich anderswo in der Schweiz niederzulassen. Jedenfalls aber würde es der oben im Text gegebenen Definition der Zahlungsflucht entsprechen, wenn der Schuldner, um der Betreibung für eine öffentlichrechtliche Forderung zu entgehen, seine Vermögensstücke in einen andern Kanton schafft. Ebenso Leemann, S. 62, sowie in einem ähnlichen Fall A IV, 122 (Zürich).

[9]) Anderseits ist die Flucht des Vertreters oder eines Geschäftsführers einer Geschäftsniederlassung gemäss B 50, Al. 1 irrelevant; vergl. Leemann, S. 59.

[10]) Vergl. die eingehende Untersuchung bei Leemann, S. 67 ff.

[11]) Noch weniger braucht die Handlung strafgerichtlich festgestellt zu sein; vergl. Jaeger, Art. 190, N. 8; Reichel, Art. 190, N. 5; Leemann, S. 38. Unrichtig A III, 63 (Schwyz) mit Kritik von Brüstlein.

in der Absicht vorgenommen oder versucht hat, seine Gläubiger oder einzelne von ihnen zu benachteiligen, d. h. ihre Befriedigung in Frage zu stellen, sei es mit oder ohne gleichzeitige Begünstigung anderer Gläubiger. Die typischen Fälle bilden die Tatbestände der Anfechtungsklage gemäss B 286 ff. [12]) Daneben genügt aber auch ein Zerstören oder Beiseiteschaffen oder Verschleudern von Gegenständen, welche zur Befriedigung der Gläubiger dienen konnten.[13])

In subjektiver Beziehung ist dabei immer eine Benachteiligungsabsicht erforderlich, wozu aber auch ein dolus eventualis genügt. Objektiv muss die Handlung vollzogen oder versucht sein, d. h. es müssen bestimmte Merkmale ihrer geschehenen oder doch versuchten Vornahme vorliegen. Dagegen ist der Eintritt der beabsichtigten Schädigung nicht erforderlich. Ebensowenig ist notwendig, dass sich die Handlung oder ihr Versuch speziell gegen denjenigen Gläubiger richtet, welcher das Konkursbegehren stellt, bezw. dass dieser Gläubiger direkt davon berührt worden wäre.

cc. Streng genommen nur eine Abart des soeben skizzierten Tatbestandes ist der weitere in B 190, Ziff. 1 genannte, nämlich die Verheimlichung von Vermögensgegenständen seitens des Schuldners bei einer Betreibung auf Pfändung (vergl. § 30, III, Ziff. 2, lit. b, bb). [14])

c. Den soeben erwähnten Tatbeständen der örtlichen Unerreichbarkeit des Schuldners oder der versuchten Vereitelung einer Befriedigung der Gläubiger, welche gegenüber jedem Schuldner einen Konkursgrund bilden, stellt B 190, Ziff. 2 einen andern zur Seite, welcher sich nur auf den der Konkursbetreibung unterliegenden, d. h. im Handelsregister eingetragenen Schuldner bezieht, nämlich eine

---

[12]) Ebenso Leemann, S. 73.

[13]) Vergl. Jaeger, Art. 190, N. 8; ZBJV XXVIII, 584.

[14]) Dazu die Ausführungen bei Leemann, S. 82 ff. Wie Reichel, Art. 190, N. 5 richtig bemerkt, ersetzt dieser Konkursgrund im schweiz. Vollstreckungsrecht einigermassen das fehlende Offenbarungsverfahren.

bestimmte Art der Dokumentierung seiner eigenen Zahlungsunfähigkeit. In solchen Fällen hätte es offenbar keinen Zweck, dem Gläubiger vorerst die Durchführung des ordentlichen Verfahrens zuzumuten, während dessen Dauer sich regelmässig die finanzielle Situation des Schuldners meist noch verschlechtern würde.[15])

aa. Als gesetzlich vorgesehene Dokumentierung der Zahlungsunfähigkeit kommt in erster Linie die Zahlungseinstellung durch einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner in Betracht (B 190, Ziff. 2).

Die Zahlungseinstellung wird im Gesetz nirgends definiert. Sie muss aber ihrem Wesen nach aufgefasst werden als ein Verhalten des Schuldners, wodurch er unzweideutig zu erkennen gibt, dass er darauf verzichten muss, seinen fälligen Verbindlichkeiten nachzukommen.[16]) Dieses Verhalten kann entweder in einer ausdrücklichen Erklärung des Schuldners oder in konkludenten Handlungen bestehen.[17]) Das Vorhandensein der Zahlungsein-

---

[15]) Heusler hatte in seinem Vorentwurf, dem auch noch der bundesrätliche Entwurf (Art. 183) folgte, direkt die Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund bezeichnet; vergl. auch Reichel, Art. 190, N. 6. Dies entspricht dem Konkursgrund der deutschen KO (Art. 102). In der Folge wurde durch die parlamentarische Beratung an Stelle der Zahlungsunfähigkeit selbst die Zahlungseinstellung als Dokumentierung der letztern gesetzt. Über diese Absicht des Gesetzgebers vergl. die Nachweise bei Leemann, S. 97 ff. Auch die deutsche Jurisprudenz fasst die Zahlungseinstellung als Indiz der Zahlungsunfähigkeit auf; vergl. Hellmann, Lehrbuch, S. 121 ff.

[16]) Vergl. Hellmann, a. a. O., S. 121; Kohler, Lehrbuch, S. 92 ff.; Jaeger, Art. 190, N. 11; Reichel, Art. 190, N. 6; Leemann, S. 102.

[17]) Als solche Handlungen können angesehen werden: Schliessung der Geschäftslokalitäten, Abreise ohne Zurücklassung eines Geschäftsführers, Vorschlag eines aussergerichtlichen Akkommodementes mit der Motivierung durch mangelnde Zahlungsfähigkeit; vergl. Jaeger, Art. 190, N. 11; Leemann, S. 104 ff.; A IV, 121; BLHE XI, 54. Auch die Nichteinlösung einzelner fälliger Verbindlichkeiten kann hieher gerechnet werden, sofern sie unter Umständen erfolgt, welche auf dauernde Zahlungsunfähigkeit hinweisen; vergl. BE XXIII, 33.

stellung lässt sich somit nicht nach einer allgemeinen Regel, sondern nur von Fall zu Fall beurteilen.

bb. Der soeben erwähnten Dokumentierung der Zahlungsunfähigkeit stellt B 190, Ziff. 3 als Konkursgrund die in B 309 vorgesehene Verwerfung eines Nachlassvertrages, bezw. den Widerruf einer Nachlassstundung gleich, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt. B 309 schreibt vor: «Wird gegenüber einem der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner der Nachlassvertrag verworfen oder die Stundung widerrufen, so kann jeder Gläubiger binnen zehn Tagen nach der Bekanntmachung die sofortige Konkurseröffnung verlangen.» Den beiden Fällen der Verwerfung des Nachlassvertrages und des Widerrufes einer Nachlasstundung wird in B 316 der fernere gleichgesetzt, dass ein auf unredliche Weise zu Stande gekommener Nachlassvertrag auf Antrag eines Nachlassgläubigers durch die Nachlassbehörde widerrufen wird.[18])

2. Das Verfahren der Konkurseröffnung in den sub Ziff. 1 angeführten Fällen regelt sich folgendermassen:

a. Das Konkursbegehren ist in der nämlichen Form zu stellen, wie bei der ordentlichen Konkursbetreibung (vergl. § 43, IV, Ziff. 1 hievor). Jedoch sind dabei folgende besondere Inhaltsbestandteile erforderlich:

aa. Da in B 190, Al. 1 die Legitimation zur Stellung des Konkursbegehrens von der Gläubigerqualität abhängig gemacht wird und die letztere hier nicht auf Grund eines vorausgegangenen Einleitungsverfahrens ohne weiteres als vorhanden angenommen werden darf, so ist die Legitimation vom Nachweis eines Forderungsanspruches gegenüber dem Schuldner abhängig. Allerdings lässt die Struktur des Verfahrens und sein Zweck eine eingehende richterliche Überprüfung dieser Frage, bezw. ein eigentliches Urteil über Bestand oder Nichtbestand der Forderung nicht zu. Vielmehr muss eine blosse Glaubhaftmachung

---

[18]) Ebenso Leemann, S. 115 ff.

des Anspruches durch den Gläubiger als genügend erachtet werden.[19])

Fälligkeit und Liquidität der Forderung sind nicht notwendig, da dieselben auch für eine Eingabe im Konkurs nicht verlangt werden.[20])

bb. Das Konkursbegehren muss aber auch den Nachweis der den Konkursgrund bildenden Tatsachen enthalten. Dabei hängt natürlich die objektive Gestaltung des Beweisthemas von der Natur des betreffenden Konkursgrundes ab. Bei denjenigen Gründen, welche, wie unbekannter Aufenthalt, Zahlungsflucht, betrügerische Handlungen und Zahlungseinstellung, weder einem feststehenden Begriffe entsprechen, noch auch einen bestimmt abgegrenzten konkreten Tatbestand darstellen, hat der Gläubiger dem Richter die nötige Anzahl positiver Momente glaubhaft zu machen, welche auf das Vorhandensein des in Betracht fallenden Zustandes schliessen lassen.[21])

b. Zuständig zur Entscheidung des Konkursbegehrens ist das Konkursgericht desjenigen Ortes, welcher als geeigneter Betreibungsort des Schuldners zur Zeit des gestellten Begehrens in Betracht fällt (vergl. § 17, III und IV hievor, sowie oben Ziff. 1, lit. a in fine). Ohne Vorhandensein eines zur Konkurseröffnung geeigneten Betreibungsortes in der Schweiz kann B 190 überhaupt nicht Anwendung finden. Der Richter hat deshalb seine örtliche Kompetenz von Amtes wegen zu prüfen.[22])

---

[19]) Ebenso Leemann, S. 52, Jaeger, Art. 190, N. 2; Reichel, Art. 190, N. 1. Über den Begriff der Glaubhaftmachung vergl. § 27, IV, Ziff. 2, lit. b, aa hievor. Ausdrücklich wird eine Glaubhaftmachung verlangt durch die deutsche KO § 105.

[20]) So richtig Reichel, Art. 190, N. 1; Jaeger, Art. 190, N. 2; ZBJV XXVIII, 584. Ebensowenig ist wohl der Nachweis erforderlich, dass der Anspruch vor Eintritt des Konkursgrundes entstanden sei, wie dies Leemann, S. 63, bei der Zahlungsflucht annimmt.

[21]) So z. B. bei unbekanntem Aufenthalt die fruchtlosen Erkundigungen bei den zuständigen Amtsstellen etc.; vergl. die Ausführungen bei Leemann, S. 53, 63 ff., 78 ff., 111 ff.

[22]) Die von einem unzuständigen Gerichte ausgesprochene Konkurseröffnung ist für die Vollstreckungsbehörden nicht verbind-

c. Die Wirkungen des gestellten Konkursbegehrens sind regelmässig die nämlichen wie in der ordentlichen Konkursbetreibung (vergl. § 43, IV, Ziff 1, lit. d). Sie bestehen im Eintritt der Rechtshängigkeit der Konkurseröffnungssache, in der Haftung des Gläubigers für die bis zur ersten Gläubigerversammlung entstehenden Kosten mit Vorschusspflicht (B 169), sowie in der durch B 170 vorgesehenen Möglichkeit einer Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch das Gericht (B 194).

d. Das eigentliche Entscheidungsverfahren charakterisiert sich durch das Fehlen einer kontradiktorischen Verhandlung.[28]) B 190, Al. 2 sieht lediglich vor, dass der Schuldner, wenn er in der Schweiz wohnt oder in der Schweiz einen Vertreter hat, mit Ansetzung einer kurzen Frist vor Gericht geladen und einvernommen wird. Die Einvernahme des Schuldners hat hier also bloss informatorischen Charakter und ist zur Gültigkeit des Konkurserkenntnisses nicht erforderlich. In keinem Fall findet eine Ediktalladung statt. Ebensowenig hat der Vertreter des im Ausland befindlichen Schuldners das Recht, ohne besondere Vollmacht für diesen vor Gericht zu erscheinen, sofern es sich nicht um ein gesetzliches Vertretungsverhältnis handelt.

Gegen das erstinstanzliche Konkurserkenntnis ist die Berufung an die obere Gerichtsinstanz unter den gleichen Voraussetzungen, in den gleichen Formen und mit den gleichen Wirkungen zulässig, wie sie B 174 für die ordentliche Konkursbetreibung vorsieht (B 194; vergl. § 43, IV, Ziff. 2, lit. d).

e. Die Wirkungen des Konkurserkenntnisses sind denjenigen in der ordentlichen Konkursbetreibung insofern analog, als grundsätzlich B 175 und 176 (ZGBE 60) auch hier als anwendbar erklärt werden (B 194). Der Konkurs gilt also von dem Zeitpunkt an als eröffnet, in

---

lich; vergl. Jaeger, Art. 190, N. 3; A II, 2, 17; sowie dazu § 43 hievor, Note 56.

[28]) Ebenso Reichel, Art. 190, N. 8; dagegen Jaeger, Art. 190, N. 13.

welchem er erkannt wird, und das Gericht stellt diesen Zeitpunkt im Konkurserkenntnis fest. Das letztere wird, sobald es rechtskräftig geworden ist, dem Konkursamt, dem Grundbuchführer und dem Handelsregisterführer mitgeteilt. Die Mitteilung an den Handelsregisterführer findet jedoch nicht statt, wenn der Schuldner nicht zu den der Konkursbetreibung unterliegenden Personen gehörte (B 194).

III. Die Herbeiführung des Konkurses durch den Schuldner selber.

Neben dem Gläubiger kann unter Umständen auch der Schuldner selbst ein Interesse daran haben, die Konkurseröffnung zu verlangen, sei es um den gegen ihn eingeleiteten Spezialexekutionen zu entgehen, sei es, um die Grundlage für einen Nachlassvertrag zu schaffen. Das Recht hiezu wird daher im Gesetz jedem Schuldner ausdrücklich gewahrt. Gewissen Kategorien von Schuldnern, bezw. ihren Organen, wird die Anrufung des Konkurses unter bestimmten Voraussetzungen sogar zur Pflicht gemacht.[24])

1. Die allgemeine Regel lautet dahin, dass der Schuldner selbst die Konkurseröffnung bewirken kann, indem er sich beim Gerichte zahlungsunfähig erklärt (B 191).

Legitimiert ist also jeder, auch der nicht im Handelsregister eingetragene Schuldner. Für den Schuldner kann gegebenenfalls sein gesetzlicher Vertreter handeln.[25])

Als Voraussetzung der Konkurseröffnung genügt die subjektive Willensäusserung des Schuldners. Das Gericht hat das Vorhandensein der behaupteten Insolvenz nicht nachzuprüfen.[26])

---

[24]) Über die historische Entwicklung des Institutes in der Schweiz vergl. Leemann, S. 124 ff.; Heusler, die Bildung des Konkursprozesses nach schweizerischen Rechten, ZschwR VII, S. 117 ff, spez. S. 149 ff.

[25]) Ein vertraglicher Vertreter muss sich durch eine Spezialvollmacht ausweisen, auch wenn er Prokurist oder Gesellschafter ist; vergl. Jaeger, Art. 191, N. 1; Reichel, Art. 191, N. 1; A IV, 93 (Genf.)

[26]) So richtig Reichel, Art. 191, N. 3; Leemann, S. 133; unrichtig A IV, 107 (Tessin). Das Gericht darf auch nicht etwa, wie dies früher die bernische Praxis tat, die Konkurseröffnung von der Leistung eines Kostenvorschusses seitens des Schuldners abhängig machen; vergl. A VII, 27 (Bern).

2. Eine spezielle Regelung des soeben dargestellten Grundsatzes für Aktiengesellschaften und Genossenschaften sieht B 192 vor. Gegen diese kann nämlich der Konkurs ohne vorgängige Betreibung in den durch OR 657 und 704 vorgesehenen Fällen erkannt werden. OR 657, Al. 2 schreibt hinsichtlich der Aktiengesellschaften vor: «Sobald die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, hat die Verwaltung hievon das Gericht behufs Eröffnung des Konkurses zu benachrichtigen.» Eine analoge Bestimmung enthält OR 704, Al. 1 für die Genossenschaften. In beiden Fällen wird jedoch — im Gegensatz zu dem in B 191 normierten allgemeinen Fall — durch das materielle Recht eine Kognition des Gerichtes über die Tunlichkeit einer Konkurseröffnung ausdrücklich vorbehalten. OR 657, Al. 3 bestimmt nämlich: «Dem Gerichte bleibt jedoch überlassen, auf Antrag der Gläubiger oder eines zur Wahrung der gemeinsamen Interessen bestimmter Gläubigerklassen bestellten Kurators die Eröffnung des Konkurses aufzuschieben und inzwischen andere zur Erhaltung des Vermögens dienliche Anordnungen zu treffen.» Analog verfügt OR 704, Al. 2 hinsichtlich der Genossenschaften.

3. Das Verfahren der Konkurseröffnung regelt sich hier der Natur der Sache nach sehr einfach. Zuständig ist das ordentliche Konkursgericht, also regelmässig das Gericht des Wohnortes des Schuldners, bezw. dasjenige der Geschäftsniederlassung gemäss B 50, Al. 1, sofern der Schuldner im Ausland wohnt.[27])

Eine Parteiverhandlung findet nicht statt. Dagegen sind auch hier die Bestimmungen über die Anordnung sichernder Massnahmen gemäss B 170 und über die zeitliche und sachliche Wirkung des Konkurserkenntnisses gemäss B 175, 176 analog anwendbar (B 194). Nach dem Wortlaut des Gesetzes soll auch die Vorschrift in B 174 über die Berufungserklärung an die obere Gerichtsinstanz anwendbar sein. Jedenfalls aber kann der Natur der Sache

[27]) Unbegründeterweise will BE XXXII (1), 4 nur den Wohnsitz als Konkurseröffnungsort zulassen.

nach eine Berufung nur vom Schuldner ergriffen werden, da er allein Partei im Verfahren ist. Sie findet deshalb nur dann statt, wenn das erstinstanzliche Gericht sich weigerte, den Konkurs auszusprechen.[28])

IV. Die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft.

B 193 schreibt vor: «Eine ausgeschlagene Verlassenschaft wird unter Beobachtung der im siebenten Titel enthaltenen Bestimmungen vom Konkursamt liquidiert.»

Das Wesen dieser Liquidation unterscheidet sich von demjenigen eines Konkurses nicht. Man hat nur aus Pietätsrücksichten die Bezeichnung Konkurs vermeiden wollen.[29]) Nicht zu verwechseln ist deshalb diese konkursamtliche Liquidation mit der im Erbrecht vorgesehenen amtlichen Liquidation, welche denn auch durch die neugeschaffene Bestimmung in B 193, Al. 2 (ZGBE 60) ausdrücklich vorbehalten wird.

Die erbrechtliche amtliche Liquidation wird durch ZGB 593 ff. geregelt. Legitimiert, sie zu verlangen, sind die Erben und unter bestimmten Voraussetzungen auch die Erbschaftsgläubiger (ZGB 593, 594). Mit der konkursamtlichen Liquidation besitzt sie nur insofern einen Zusammenhang, als ihre Anhebung unter Umständen die Veranlassung zur konkursamtlichen Liquidation bilden kann (vergl. unten Ziff. 1.)

1. Die Voraussetzungen der konkursamtlichen Liquidation sind zivilrechtlicher Natur. Notwendig ist nämlich dazu, dass eine Verlassenschaft ausgeschlagen wurde, d. h. dass alle Erben, welche für die Annahme der Erbschaft in Betracht kommen konnten, dieselbe in der gesetzlich vorgeschriebenen Art und Weise abgelehnt haben.[30]) Die Voraussetzungen, die Art und Weise, sowie die

---

[28]) Nicht recht begreiflich ist, wie BE XXXII (1), 4 zum Schlusse gelangt, «vernünftigerweise» könne die Anfechtung des Konkurserkenntnisses überhaupt nur von Gläubigerseite erfolgen.

[29]) Anders die deutsche KO, § 214.

[30]) Aus dem Wortlaut in B 193, Al. 1 folgt implicite, dass eine von vornherein erblose Verlassenschaft hier nicht in Betracht kommt. Anders noch der bundesrätliche Entwurf vom 23. Febr. 1886, Art. 185; vergl. Leemann, S. 136.

Wirkungen der Erbschaftsausschlagung richten sich nach den Vorschriften des geltenden Zivilrechtes. Während bisher in dieser Beziehung die kantonale Gesetzgebung Regel machte,[31]) kommen nun künftig die Bestimmungen in ZGB 566 - 579 in Betracht. Ihr grundlegendes Prinzip geht dahin, dass die gesetzlichen und die eingesetzten Erben die Befugnis haben, die Erbschaft, die ihnen zugefallen ist, auszuschlagen. Ist die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig, so wird die Ausschlagung vermutet (ZGB 566).

Wird die Erbschaft von allen nächsten gesetzlichen Erben ausgeschlagen, so gelangt sie zur Liquidation durch das Konkursamt. Ergibt sich in der Liquidation nach Deckung der Schulden ein Überschuss, so wird dieser den Berechtigten überlassen, wie wenn keine Ausschlagung stattgefunden hätte (ZGB 573).[32])

An Stelle der eigentlichen Ausschlagung der Verlassenschaft als Voraussetzung der konkursamtlichen Liquidation kann unter Umständen ausnahmsweise der Antrag auf blosse erbrechtliche Liquidation in Betracht kommen. Dies ist gemäss ZGB 597 dann der Fall, wenn von einem gesetzlich hiezu berechtigten Erben oder Erbschaftsgläubiger die erbrechtliche Liquidation gemäss ZGB 593, 594 verlangt wird, es sich dabei aber herausstellt, dass die Erbschaft überschuldet ist.[33])

Es ergeben sich deshalb drei mögliche Voraussetzungen der konkursamtlichen Liquidation:

a. Die tatsächliche Ausschlagung der Verlassenschaft (ZGB 573);

---

[31]) Vergl. Huber, System, Bd. II. S. 347 ff., 50 ff. Infolgedessen sind gegenwärtig auch nur die kantonalen Behörden zur Entscheidung über das Vorhandensein einer Ausschlagung kompetent; vergl. BE XX, 131.

[32]) Eine analoge Vorschrift enthält schon jetzt Bern EG 58, wo aber die erbrechtliche Liquidation gleich mit der konkursamtlichen verschmolzen wird.

[33]) Dies ist — im Gegensatz zur deutschen KO § 315 — der einzige Fall, wo im schweizerischen Recht die Überschuldung des Nachlasses eine Voraussetzung seiner konkursamtlichen Liquidation bildet.

b. die vermutete Ausschlagung infolge amtlich festgestellter oder offenkundiger Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes (ZGB 566, Al. 2);

c. Feststellung einer Überschuldung der Verlassenschaft anlässlich der erbrechtlichen amtlichen Liquidation (ZGB 597).

2. Hinsichtlich der Einleitung der konkursamtlichen Liquidation enthält B 193 keine nähern Vorschriften, und auch ZGB hat merkwürdigerweise, trotz seines Eingreifens in die Materie, die bestehenden Lücken nicht ausgefüllt.

a. Diese Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung macht sich namentlich mit Bezug auf die Legitimation zur Antragsstellung geltend. Weder B 193, noch auch ZGB 566, Al. 2, 573, Al. 2, 597 enthalten hierüber irgendwelche Andeutung. Da aber in allen als Voraussetzung der konkursamtlichen Liquidation bezeichneten Fällen (faktische oder vermutete Ausschlagung, bezw. Feststellung der Überschuldung des Nachlasses bei der erbrechtlichen Liquidation) keine zur Antragstellung verpflichtete oder berechtigte Person vorhanden ist, so muss angenommen werden, dass der Anstoss zur konkursamtlichen Liquidation von Amtes wegen zu erfolgen hat.[34]) Als antragstellende Behörde kommen bei der vermuteten oder faktischen Ausschlagung diejenigen Organe in Betracht, bei welchen die Ausschlagung zu erklären ist, bei der vorausgegangenen erbrechtlichen Liquidation dagegen die gesetzlichen Liquidationsorgane. Infolgedessen muss trotz des Wortlautes in B 194 der Natur der Sache nach die Kostenvorschusspflicht der Gläubiger gemäss B 169 als unanwendbar betrachtet werden, wie denn auch von der Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss B 170 nicht wohl gesprochen werden kann.

b. Auch das Eröffnungsverfahren wird im Gesetz nicht geregelt. Aus dem Wortlaut in B 194 muss aber der

---

[34]) Leemann, S. 138 nimmt ein Antragsrecht der Gläubiger an. Dem kann nur für die Fälle des bisherigen Rechtes beigestimmt werden, wo mit der konkursamtlichen Liquidation die erbrechtliche verbunden ist; Bern EG, 58, 59.

Schluss gezogen werden, dass auch hier ein gerichtliches Erkenntnis erforderlich ist. Die meisten kantonalen EG bezeichnen ausdrücklich die hiezu kompetenten Gerichtsstellen[35]). Wo dies nicht geschieht, ist das ordentliche Konkursgericht zuständig.

Die Eröffnung der konkursamtlichen Liquidation ist auszusprechen, sobald ihre Voraussetzungen durch die kompetente Amtsstelle als vorhanden bescheinigt wird. Nur da, wo zu diesen Voraussetzungen die Überschuldung des Erblassers oder des Nachlasses gehört (ZGB 566, Al. 2, 597), kann der Richter verlangen, dass ihm diese Tatsache mindestens glaubhaft gemacht wird. Eine Parteiverhandlung, sowie eine Berufungserklärung gegenüber dem richterlichen Entscheid muss hier der Natur der Sache nach als ausgeschlossen betrachtet werden, trotzdem B 194 die Vorschrift in B 174 schlechtweg für alle Fälle der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung als anwendbar erklärt. Es sind hier eben Parteien im eigentlichen Sinne des Wortes gar nicht vorhanden.

Dagegen finden die Bestimmungen über die Wirkungen des Konkurserkenntnisses und seine Mitteilung gemäss B 175, 176 schlechtweg Anwendung (vergl. § 43, IV, Ziff. 4 hievor).

3. Die eigentliche Liquidationstätigkeit erfolgt nach dem nämlichen Verfahren wie die Durchführung des Konkurses überhaupt (B 193, Al. 1).[36]) Die konkursamtliche Liquidation braucht deshalb als besonderes Institut nicht behandelt zu werden.

---

[35]) Vergl. die kant. Vorschriften bei Brand und Wasem, S. 91 ff.

[36]) Die Praxis nimmt dies auch mit Bezug auf die Kompetenzstücke gemäss B 92 an, indem sie dieselben trotz Fehlens eines Gemeinschuldners nach Massgabe von B 197 nicht in die Konkursmasse fallen lässt, sondern den Familienangehörigen des Erblassers zuweist; vergl. Jaeger, Art. 193. N. 3; BE XXII, 117; A II, 114, III, 126, V, 138, sowie § 47, III, Ziff. 1 hienach.

§ 46.

Der Widerruf des Konkurses.

I. Begriff und Arten.

Das gestützt auf einen gesetzlichen Konkursgrund ausgesprochene Konkurserkenntnis äussert absolute Wirkungen. Mit seiner Fällung gilt der Konkurs als eröffnet, und es ist der Machtbefugnis des Richters entzogen, seinen Entscheid rückgängig zu machen, auch wenn er ihn nachträglich als materiell unrichtig erkennen sollte.[1]) Dagegen können nach erfolgter Konkurseröffnung Tatsachen eintreten, welche eine nachträgliche Aufhebung des eröffneten Konkurses aus dem Grunde rechtfertigen, weil die Voraussetzungen zur Durchführung einer Zwangsvollstreckung und speziell einer Generalexekution nicht mehr vorhanden sind. Für diese Fälle sieht das Gesetz den Widerruf des Konkurses vor.

Es handelt sich also dabei nicht um eine Rückgängigmachung des rechtskräftig zustande gekommenen Konkurserkenntnisses, sondern um eine Aufhebung des erkannten Konkurses selbst.[2]) Das Gesetz sieht zwei Fälle vor, nämlich den eigentlichen Konkurswiderruf (B 195) und die Einstellung der konkursamtlichen Liquidation einer Verlassenschaft (B 196).

II. Der eigentliche Konkurswiderruf.

Das Konkursgericht spricht den Widerruf des Konkurses aus und setzt den Schuldner in die Verfügung über sein Vermögen wieder ein, wenn derselbe von sämtlichen Gläubigern die schriftliche Erklärung beibringt, dass sie ihre Konkurseingabe zurückziehen, oder wenn ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (B 195, Al. 1).

1. B 195, Al. 1 sieht also zwei voneinander unabhängige Tatsachen als Voraussetzungen des Konkurswiderrufes vor:

---

[1]) Unrichtig SchwJZ V, 233 (Tessin). Unabhängig hievon ist aber die Frage, ob die Vollstreckungsbehörden an ein ungesetzlich zustande gekommenes Konkurserkenntnis gebunden sind. Sie ist nach richtiger Ansicht zu verneinen (vergl. § 43, Note 56 hievor).

[2]) Unklar in der Formulierung BE XXX (1), 135.

a. Vor allem kommt hiebei in Betracht der Rückzug der Konkurseingaben durch sämtliche Gläubiger. Der Natur der Sache nach sind darunter nicht alle Gläubiger des Gemeinschuldners zu verstehen, sondern nur diejenigen, welche bereits eine Konkurseingabe gemacht haben (vergl. § 52, III hienach), sie folglich auch wieder zurückziehen können. Dabei ist es unerheblich, ob der Schuldner oder die Konkursverwaltung die Richtigkeit der gemachten Eingabe anerkennen oder nicht. Ist jedoch ein Gläubiger mit seiner Forderung im Kollokationsprozess bereits rechtskräftig abgewiesen worden, so kommt er als Konkursgläubiger überhaupt nicht mehr in Betracht und ist daher auch beim Widerruf nicht zu berücksichtigen.

Der Rückzug der Konkurseingabe muss vom Gläubiger in schriftlicher Form erklärt worden sein und keinen Zweifel übrig lassen, dass der betreffende Gläubiger nicht mehr als solcher im Konkurs auftritt.[3]) Sie darf deshalb auch keinerlei einschränkende Bedingungen enthalten.

b. Dem Rückzug der Konkurseingaben ist in seinen Wirkungen gleich zu achten ein zustande gekommener Nachlassvertrag, indem auch hiedurch die Gläubiger auf ihre Konkursforderungen als solche verzichten. Diese Wirkung des Nachlassvertrages tritt mit der endgültigen Bestätigung desselben ein (B 311).[4])

2. Der Zeitpunkt des Widerrufs wird im Gesetz durch eine Rahmenfrist bestimmt. Er kann nämlich vom Ablauf der Eingabefrist an bis zum Schlusse des Verfahrens verfügt werden (B 195, Al. 2).

Der Anfangspunkt der Frist erklärt sich ohne weiteres dadurch, dass eben erst nach Ablauf der Eingabefrist (B 232, Ziff. 2) festgestellt werden kann, wer als ein-

[3]) Mit Recht nimmt daher Jaeger, Art. 195, N. 4 an, dass auch eine formrichtige Quittung über die eingegebene Forderung als Rückszugserklärung zu betrachten sei.

[4]) Eine Abmachung zwischen Gläubiger und Schuldner, wodurch dem Nachlassvertrag der Charakter als Voraussetzung eines Konkurswiderrufs entzogen wird, ist ungültig; vergl. Jaeger, Art. 195, N. 4; A IV, 5.



gebender Gläubiger in Betracht fällt.[5]) Ein Nachlassvertrag im Konkurs kann gemäss B 317, Al. 1 überhaupt erst nach der zweiten Gläubigerversammlung zu Stande kommen, welche ihrerseits immer nach Ablauf der Eingabefrist stattzufinden hat (B 252, Al. 1; vergl. § 51, II, Ziff. 2 hienach).

Der Endpunkt der Befristung fällt mit dem Schluss des Konkursverfahrens zusammen. Als solcher muss das gerichtliche Schlusserkenntnis gemäss B 268, Al. 2 betrachtet werden. Nach diesem Zeitpunkt hätte ein Widerruf keinen Sinn mehr, weil auch ein Konkurs nicht mehr existiert.[6])

3. Das Widerrufsverfahren findet immer nur auf Antrag hin statt. Derselbe hat vom Gemeinschuldner auszugehen, sofern sich der Widerruf auf einen Rückzug der Konkurseingaben stützen soll. Der Gemeinschuldner hat eben in diesem Fall die schriftlichen Rückzugserklärungen beizubringen (B 195, Al. 1). Ist dagegen ein Nachlassvertrag zustande gekommen, so hat die Konkursverwaltung, welcher der Entscheid der Nachlassbehörde mitgeteilt wird, von Amtes wegen beim Konkursgericht den Widerruf zu beantragen (B 317, Al. 3).[7])

Der Widerruf erfolgt durch Entscheid des Konkursgerichtes, d. h. derjenigen Gerichtsstelle, welche den betreffenden Konkurs erkannt hat. Ein seitheriger Wohnsitzwechsel des Schuldners ändert an der örtlichen Zuständigkeit des Gerichtes nichts.

Ein Parteiverfahren wird im Gesetze nicht vorgesehen. Das Gericht spricht vielmehr den Widerruf aus, sobald der Antrag hiezu von zuständiger Seite gestellt und der

---

[5]) Nichtsdestoweniger ist natürlich auch eine verspätete Konkurseingabe bei der Feststellung des erfolgten Rückzuges mitzurechnen.

[6]) Vergl. A IV, 68. Dagegen müssen gemäss B 26, Al. 2 in einem solchen Falle die öffentlichrechtlichen Folgen des Konkurses aufgehoben werden; vergl. § 21, III, Ziff. 2 hievor; ebenso A IX, 117, (Bern).

[7]) Diese Pflicht liegt der Konkursverwaltung in jedem Falle ob, also auch dann, wenn der Schuldner die Bedingungen des Nachlassvertrages nicht erfüllt; vergl. A VII, 83. Gegen eine Unterlassung kann der Schuldner Beschwerde führen, bezw. es hat die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen einzuschreiten; vergl. A IV, 5.

erforderliche Nachweis erbracht ist (B 195, Al. 1). Eine Weiterziehung der Verfügung ist im Gesetze nicht vorgesehen.[8])

4. Die Wirkungen des Widerrufs machen sich nach formellen und materiellen Richtungen hin geltend.

a. In formeller Beziehung hat vor allem eine öffentliche Bekanntmachung des Widerrufs zn erfolgen (B 195, Al. 3). Dieselbe wird entweder durch das Konkursgericht oder in seinem Auftrag durch das Konkursamt vorgenommen.[9]) Ferner wird nun gemäss der neuen Fassung der Vorschrift in B 176 (ZGBE 60) der Widerruf dem Konkursamt, dem Grundbuchführer und dem Handelsregisterführer mitgeteilt.

b. In materieller Hinsicht hat der Widerruf die Widereinsetzung des Schuldners in die Verfügung über sein Vermögen zur Folge (B 195, Al. 1). Dies wird im gerichtlichen Erkenntnis ausdrücklich verfügt. Gestützt hierauf kann der Schuldner von der Konkursverwaltung die Herausgabe der Konkursaktiven verlangen und über dieselben frei verfügen, sofern er hierin nicht durch spezielle Bestimmungen eines allfälligen Nachlassvertrages gehemmt wird. Dagegen werden etwaige von der Konkursverwaltung nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften bereits vorgenommene Veräusserungen von Vermögensstücken des Schuldners durch den Widerruf nicht rückgängig gemacht. Diese Sachen gehören nämlich infolge ihrer rechtsgültigen Veräusserung nicht mehr zum Vermögen des Schuldners, über welches diesem gemäss B 195, Al. 1 die Verfügungsfreiheit zurückgegeben wird. An ihre Stelle ist vielmehr der Erlös, bezw. ein allfälliger gegenüber dem Dritterwerber entstandener Anspruch getreten.[10])

Die von der Konkursverwaltung nach gesetzlicher

---

[8]) Reichel, Art. 195, Al. 4 will die Zulassung einer solchen dem kantonalen Recht anheimstellen.

[9]) Ebenso Jaeger, Art. 195, N. 7. Erst nach erfolgter Publikation des Widerrufes können neue Betreibungen gegen den Schuldner angehoben werden; vergl. auch ZBJV XLI, 112 (Bern).

[10]) Ebenso Jaeger, Art. 195, N. 2 und die dort zit. Literatur.

Vorschrift ausgelegten Kosten sind vom Schuldner ohne weiteres zu übernehmen, da sie sich als unmittelbare, nicht rückgängig zu machende Folgen der rechtsgültig erfolgten Konkurseröffnung darstellen.[11] Ebenso hat der Schuldner die von der Konkursverwaltung angehobenen oder gegen dieselbe angestrengten Prozesse zu übernehmen, sofern dieselben nicht mit dem Konkursverfahren dermassen zusammenhängen, dass sie durch seine Aufhebung ipso iure dahinfallen.[12] Eigentliche Masseschulden hat der gewesene Gemeinschuldner nur insofern zu übernehmen, als er durch das sie begründende Rechtsgeschäft der Konkursverwaltung selbst bereichert ist (vergl. § 48, IV hienach).

Mit der Herausgabe der Konkursaktiven an den Schuldner leben aber auch die ihnen anhaftenden oder gegenüberstehenden Passiven wieder auf, sofern sie nicht durch die Vorgänge, welche den Widerruf veranlassen, getilgt sind. Dagegen können die zur Eintreibung der genannten Ansprüche vor der Konkurseröffnung eingeleiteten und durch die letztere gemäss B 206 aufgehobenen Betreibungen nicht fortgesetzt werden (vergl. § 50, III hienach.)[13]

Streitig ist die Frage, ob infolge des Konkurswiderrufes die durch Konkurseröffnung bewirkte Streichung des Schuldners im Handelsregister rückgängig gemacht wird. Für Bejahung könnte ein Anhaltspunkt aus der neuen Fassung in B 176 (ZGBE 60) abgeleitet werden, aus deren Wortlaut eine Notwendigkeit der Mitteilung des Widerrufs an den Handelsregisterführer geschlossen werden muss. Für die Verneinung spricht aber der Umstand, dass das materielle Recht ein solches Wieder-

---

[11]) Dagegen kann wohl eine Aufschiebung der Vermögensherausgabe an den Schuldner bis zur Bezahlung der Massakosten, wie sie Jaeger, Art. 195, N. 2 vorschlägt, aus dem Gesetz nicht begründet werden.

[12]) Ebenso ZBJV, XXXIX, 158 (Bern).

[13]) Als wiederauflebend bezeichnet die Praxis jedoch die Betreibung auf Pfandverwertung; vergl. BE XXII, 115. Zu allgemein ZBJV XLI, 112 (Bern).

aufleben der gelöschten Eintragung nicht vorsieht.[14]) Dagegen kann auf Grund des Konkurswiderrufes gegenüber dem noch immer eintragungspflichtigen Schuldner, sofern er sich nicht selber anmeldet, das Zwangseintragungsverfahren eingeleitet werden (vergl. Verordnung des Bundesrates vom 6. Mai 1890 über Handelsregister und Handelsamtsblatt, Art. 26).

Eine absolute Wirkung des Konkurswiderrufes ist der Wegfall der öffentlichrechtlichen Folgen des Konkurses (B 26, Al. 2). Nach dem Wortlaut des Gesetzes tritt derselbe aber nicht ipso iure ein, sondern es muss eine Aufhebung (Rehabilitation) nach den Formen des kantonalen Rechtes stattfinden (vergl. § 21, III, Ziff. 2 hievor). Dieselbe ist aber jedenfalls von Amtes wegen anzuordnen.[15])

III. Die Einstellung der konkursamtlichen Liquidation einer Verlassenschaft.

Das Konkursgericht verfügt die Einstellung der nach B 193 eröffneten Liquidation einer Verlassenschaft, wenn vor Schluss des Verfahrens ein Erbberechtigter den Antritt der Erbschaft erklärt und für die Bezahlung der Schulden hinreichende Sicherheit leistet (B 196).

1. Die Voraussetzung dieser Einstellung ist also eine doppelte:

a. Es muss ein Erbberechtigter vor Schluss des Verfahrens, d. h. vor dem gerichtlichen Schlusserkenntnis gemäss B 268, Al. 2 den Antritt der Erbschaft erklären. Die Legitimation zu einer derartigen Erklärung richtet sich nach den Vorschriften des geltenden Erbrechts.

b. Der Erbe muss für die Bezahlung der Schulden hinreichende Sicherheit leisten. Dabei kommen der Natur der Sache nach nur solche Schulden in Betracht, welche

---

[14]) Ebenso BE XXX (1), 135. Dabei wird aber angenommen, dass die Eintragungswirkung gemäss B 40, Al. 2 noch während sechs Monaten seit der durch die Konkurseröffnung erfolgten Streichung fortdaure.

[15]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist es dabei gleichgültig, ob der Widerruf infolge Rückzuges der Konkurseingaben oder infolge Nachlassvertrages stattfindet. Ebenso Jaeger, Art. 26, N. 6.

in der konkursamtlichen oder in einer ihr vorausgehenden erbrechtlichen Liquidation gemäss ZGB 593 ff. angemeldet wurden. Die Hinlänglichkeit der Sicherheitsleistung ist durch das Konkursgericht festzustellen (vergl. unten Ziff. 2).

2. Das Verfahren der Einstellung ist demjenigen des Konkurswiderrufes analog. Zuständig ist dasjenige Konkursgericht, welches die Liquidation anordnete (vergl. § 45, III, Ziff. 2, lit. b hievor).

Legitimiert zur Antragstellung ist einzig der antretende Erbe. Er hat dem Gericht die nötigen Ausweise über das Vorhandensein der gesetzlichen Requisite (Erbenqualität und Sicherheitsleistung) zu erbringen. Das Gericht prüft dieselben und entscheidet hierauf ohne weitere Verhandlung.

3. Die Wirkungen der ausgesprochenen Einstellung machen sich nach der formellen Seite hin in der Aufhebung der konkursamtlichen Liquidation geltend. Materielle Folge ist der Eintritt des Erben in die Aktiven und Passiven der Verlassenschaft. Die Erbschaftsgegenstände werden ihm ausgehändigt, wogegen er die Liquidationskosten zu übernehmen hat und von Gesetzes wegen Schuldner der Erbschaftsgläubiger wird. Dieselben können ihn belangen, indem sie gegebenenfalles eine gegen den Erblasser angehobene Betreibung unter den in B 59, Al. 3 vorgesehenen Voraussetzungen fortsetzen (vergl. § 15, III, Ziff. 4, lit. b hievor). Die vom Erben gemäss B 196 geleistete Sicherheit verschafft aber den Gläubigern keinerlei dingliche Rechte, die etwa Anlass zu einer Betreibung auf Pfandverwertung geben könnten.

Dritter Unterabschnitt.
Materielles Konkursrecht.

§ 47.
Das Konkurssubstrat.

I. Der Begriff.

Das Substrat des Konkurses wird gebildet durch das sämtliche exekutionsfähige Vermögen des Gemeinschuldners, sowie durch die nach dem Gesetz für die Konkursmasse entstehenden besondern Vermögensrechte. Der Inbegriff

dieses Vermögenskomplexes heisst die Konkursmasse im engern Sinn oder die Aktivmasse.

Exekutionsfähig ist dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners, welches örtlich, zeitlich und sachlich den Wirkungen des Konkurses unterliegt. Nicht zur Konkursmasse gehören demnach solche Vermögensbestandteile, welche zu einer Zeit in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangen, zu welcher sich die Wirkungen des Konkurses nicht mehr geltend machen, ferner diejenigen, welche nach allgemeinen betreibungsrechtlichen Bestimmungen der Exekution entzogen sind, und endlich solche, die nach gesetzlicher Vorschrift von Drittpersonen herausverlangt werden können.

Umgekehrt aber gehören zur Konkursmasse gewisse vermögensrechtliche Ansprüche, welche dem Gemeinschuldner selbst nicht gehörten, sondern vielmehr durch die Konkurseröffnung als solche entstanden sind, mit Rücksicht auf gewisse Rechtshandlungen, die der Schuldner vor der Konkurseröffnung vornahm, sog. Anfechtungsansprüche.

Die Konkursmasse soll zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger dienen. Eine gesonderte Zwangsvollstreckung ist also — soweit Gegenstände in Frage kommen, die zur Konkursmasse gehören — neben dem Konkurse als solchem ausgeschlossen. Dagegen bleiben besondere Rechte Dritter an den Massegegenständen ausdrücklich gewahrt.

II. Der örtliche und zeitliche Bestand der Konkursmasse.

Dem Umfang der Konkursmasse sind in örtlicher und zeitlicher Beziehung gewisse Grenzen gezogen.

1. In örtlicher Beziehung stellt B 197, Al. 1 den Grundsatz auf, dass sämtliches Vermögen des Gemeinschuldners, gleichviel wo es sich befindet, eine einzige Masse (Konkursmasse) bildet, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient (Universalitätsprinzip).

Dieser Grundsatz kann aber der Natur der Sache nach absolute Geltung nur innerhalb der schweizerischen Landesgrenzen besitzen, indem darüber hinaus die Gesetz-

gebungshoheit und die Exekutionsgewalt der Eidgenossenschaft nicht reicht. Diejenigen Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners, welche sich im Ausland befinden, können deshalb nur zur Masse gezogen werden, soweit dies durch besondere Staatsverträge garantiert oder durch den betreffenden fremden Staat freiwillig zugelassen wird (vergl. § 42, III hievor).[1])

Umgekehrt muss aber auch angenommen werden, dass, vorbehältlich staatsvertraglicher Bestimmungen, im Inland liegende Vermögensstücke nicht in einen ausländischen Konkurs abgeliefert werden. Jedenfalls aber geht die inländische Konkursmasse einer ausländischen schlechtweg vor.[2])

Auf die im Inland liegenden Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners übt ihre Lage nur insofern einen konkursrechtlichen Einfluss aus, als zu ihrer Verwaltung und Verwertung unter Umständen die Rechtshülfe der Betreibungsorgane der gelegenen Sache in Anspruch zu nehmen ist (B 221, Al. 2).

2. In zeitlicher Hinsicht umschreibt B 197 den Umfang der Konkursmasse nach zwei Richtungen hin:

a. Die Konkursmasse setzt sich vor allem zusammen aus sämtlichem Vermögen, welches dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört (B 197, Al. 1).[3])

b. Vermögen, das dem Gemeinschuldner vor Schluss

---

[1]) Eine freiwillige Rechtshülfe wird von der herrschenden Meinung für Deutschland — soweit nicht Staatsverträge bestehen — abgelehnt; vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 630; Hellmann, Lehrbuch, S. 649; dagegen Fitting, Reichskonkursrecht, S. 505. In Oesterreich wird die Auslieferung von Vermögensstücken unter Voraussetzung des Gegenrechtes gewährt; vergl. Rintelen, Oesterreichisches Konkursrecht, S. 370 ff., sowie die Zitate bei Jaeger, Art. 197, N. 5.

[2]) Vergl. auch Jaeger, Art. 197, N. 5; BE XXIII, 173; A I, 34, III, 100, sowie § 42, III hievor.

[3]) Nicht hieher gehört also der zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht fällige Arbeitslohn des Gemeinschuldners; vergl. BE XXV (1), 75, sowie unten lit. b.



des Konkursverfahrens anfällt, gehört gleichfalls zur Konkursmasse (B 197, Al. 2).[4]) Damit ist ohne weiteres der Endpunkt der zeitlichen Zugehörigkeit einer Sache zur Konkursmasse bestimmt. Alles, was nach dem gerichtlichen Schlusserkenntnis gemäss B 268, Al. 2 in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt, darf nicht mehr admassiert, bezw. zu Gunsten der Konkursgläubiger auf Grund des frühern Konkurserkenntnisses beschlagnahmt werden. Vor allem ist also hier eine analoge Anwendung der Vorschrift in B 269 ausgeschlossen, welche sich lediglich auf neuentdecktes, d. h. schon zur Zeit des Konkursverfahrens · dem Gemeinschuldner gehörendes Vermögen bezieht.

In welcher Weise jedoch ein Vermögensbestandteil während des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner anfällt, ist unerheblich. Es gehört jede Art des Vermögenserwerbes hieher. Dabei genügt es, wenn die den Erwerb vermittelnde Tatsache vor Schluss des Konkursverfahrens eintritt, auch wenn die Sache selbst nach jenem Zeitpunkt faktisch in das schuldnerische Vermögen gelangt.[5])

III. Der sachliche Bestand der Konkursmasse.

Dem Gegenstande nach setzt sich die Konkursmasse

[4]) Anders die deutsche KO § 1, welche nur das zur Zeit der Konkurseröffnung dem Schuldner gehörende Vermögen zur Masse zieht. Dagegen wie B 197, Al. 2 auch die österreichische KO § 1; vergl. Rintelen, Oesterreich. Konkursrecht. S. 162.

[5]) Ebenso BE XXV (2), 113. Eine Ausnahme von der Vorschrift in B 197, Al. 2 macht die Praxis hinsichtlich des vom Schuldner während des Konkursverfahrens verdienten Arbeitslohnes, indem sie diesen mit der gerechtfertigten Begründung nicht zur Masse zieht, dass gemäss B 197 im Konkurse das Vermögen und nicht die persönliche Arbeitskraft des Gemeinschuldners verwertet werden soll; vergl. BE XXV (1), 75. Immerhin wird hier von Fall zu Fall zu unterscheiden sein, ob ein gemachter Erwerb das direkte Resultat der Arbeitsleistung ist oder nicht. Der Natur der Sache nach gehört aber auch nicht zur Konkursmasse eine im Konkurs eingegebene Forderung, welche während des Verfahrens dem Schuldner selber durch Erbschaft zufällt (z. B. eine Frauengutsforderung). Sie wird vielmehr einfach als Konkursobjekt eliminiert; vergl. BE XXXII (1), 113 und dazu Brand, in A XI, 24.

zusammen aus dem exekutionsfähigen Vermögen des Gemeinschuldners innerhalb der oben sub II gezogenen Grenzen und aus den Anfechtungsansprüchen der Masse.

1. Unter dem exekutionsfähigen Vermögen des Gemeinschuldners ist dessen sämtliches Vermögen zu verstehen, mit Ausnahme derjenigen Bestandteile, welche nach gesetzlicher Vorschrift der konkursrechtlichen Zwangsvollstreckung entzogen sind.

Eine solche Entziehung findet vor allem statt hinsichtlich der in B 92 bezeichneten Vermögensbestandteile, d. h. der Kompetenzstücke im technischen Sinn (B 197, Al. 1; vergl. § 31, II, Ziff. 2 hievor).[6])

Diese Nichteinbeziehung der Kompetenzstücke in die Masse dokumentiert sich äusserlich dadurch, dass die ersteren zwar im Konkursinventar aufgenommen, jedoch dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen werden (B 224). Dem Gemeinschuldner steht es dabei natürlich frei, auf die Geltendmachung der Kompetenzqualität ausdrücklich oder stillschweigend zu verzichten, sofern nicht die letztere auf einer öffentlichrechtlichen Vorschrift beruht (vergl. § 31, II, Ziff. 4, lit. b hievor, sowie die dort in Note 46 zit. Judikatur).[7]) Durch aus-

[6]) Auch bei einer ausgeschlagenen Verlassenschaft werden die Kompetenzstücke der Familie des Erblassers überlassen; vergl. BE XXII, 117; A II, 114, III, 26, V, 138.

[7]) Als ausdrücklicher Verzicht auf die Kompetenzqualität gilt auch hier, wie bei der Pfändung, die erfolgte Verpfändung der Sache durch den Gemeinschuldner. Im fernern aber nimmt die Praxis, gestützt auf die — von ihr etwas stark formalistisch ausgelegte — Vorschrift in B 199 an, dass die Kompetenzqualität dahinfalle, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung das Kompetenzstück gepfändet war; vergl. BE XXIV (1), 73, XXIX (1), 24. Ebenso Jaeger, Art. 197, N. 7. Nach der Bestimmung in B 197, Al. 1 schiene aber die Annahme näher zu liegen, dass bei der Bildung der Konkursmasse alle in B 92 bezeichneten Vermögensbestandteile auszuscheiden und dem Schuldner zu überweisen seien, soweit derselbe nicht im Konkursverfahren selbst darauf verzichtete. In diesem Sinne auch A IX, 100 (Bern), Mentha in A X, 56 und Brand in der Anmerkung zu A XI, 25. In A XI, 25 nimmt das Bundesgericht an, dass ein Verzicht auf die Kompetenzqualität von Betten nur zulässig sei, sofern nicht moralische oder hygienische Bedenken entgegenstehen.

drückliche Vorschrift in Art. 55, Al. 2 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag wird auch der für Kompetenzstücke begründete Versicherungsanspruch von der Admassierung ausgeschlossen und verbleibt dem Gemeinschuldner und seiner Familie (vergl. unten lit. c).

Trotz des Stillschweigens im Gesetze müssen aber auch diejenigen Vermögensstücke von der Einbeziehung in die Konkursmasse ausgeschlossen werden, deren Behändigung oder Verwertung durch andere als betreibungsrechtliche Vorschriften verboten oder verunmöglicht werden (vergl. § 31, II, Ziff. 1, lit. b hievor).

Endlich ist auch hier der Begriff des Vermögens auf diejenigen dem Gemeinschuldner gehörenden Gegenstände zu beschränken, welche einen realisierbaren Vermögenswert besitzen. Nicht dazu gehören also einerseits Gegenstände, welche lediglich für den Gemeinschuldner einen intellektuellen Wert haben, und andererseits höchst persönliche Rechte und Ansprüche, welche der Natur der Sache nach nur in der Person des Gemeinschuldners selber existent werden und nur von ihm geltend gemacht werden können (vergl. § 31, I, Ziff. 1 lit. a hievor).[8])

---

[8]) In diesem Sinne auch BE XXXIII (2), 98, sowie Jaeger, Art. 197, N. 1 und Reichel, Art. 197, N. 3. Zu den nicht in die Masse fallenden Gegenständen müssen nach den oben entwickelten Grundsätzen auch die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners gezählt werden, da B für sie — im Gegensatz zur deutschen KO § 1 — keine Ausnahmebestimmung vorsieht. Dagegen kann natürlich die Konkursverwaltung die Bücher nach Bedarf behändigen und benützen. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer hat darüber in ihrem Kreisschreiben Nr. 25 vom 14. Dez. 1909 (abgedr. BE, Separatausgabe, XII, S. 345) verfügt: Wird das vom Gemeinschuldner betriebene Geschäft im Konkursverfahren als Ganzes an einen Dritten veräussert, so sind diesem auf Verlangen die darauf bezüglichen Geschäftsbücher mit zu übergeben. Findet kein solcher Übergang des Geschäftes und damit der Geschäftsbücher an einen Dritten statt, so werden die Bücher im Falle des Konkurses einer Einzelfirma nach geführtem Konkursverfahren dem Gemeinschuldner übergeben, welcher für ihre Aufbewahrung gemäss OR 878 zu sorgen hat. Handelt es sich um eine Kollektiv- oder

Eine relative Beschränkung der Admassierung, entsprechend der Beschränkung der Pfändbarkeit in sachlicher und örtlicher Beziehung (B 93 und 94), wird im Gesetze nicht vorgesehen und würde auch mit den Grundsätzen der konkursrechtlichen Liquidation im Widerspruch stehen.[9])

Innerhalb des durch die soeben erwähnten Beschränkungen gezogenen Rahmens gehören alle Vermögensbestandteile des Gemeinschuldners zur Konkursmasse. Dies betrifft:

a. Das Eigentum an körperlichen Sachen, seien sie beweglich oder unbeweglich, im Gewahrsam des Gemeinschuldners oder eines Dritten. Dagegen können nicht solche Gegenstände admassiert werden, an welchen der Gemeinschuldner bloss Miteigentum besitzt. Vielmehr ist hier das Miteigentumsverhältnis durch die Konkursverwaltung analog den in B 132 für die Pfändung aufgestellten Regeln zu liquidieren.[10]) Dingliche Rechte Dritter an den

---

Kommanditgesellschaft, so erfolgt die Rückgabe an denjenigen unbeschränkt haftenden Gesellschafter, der von den andern Gesellschaftern zur Übernahme ermächtigt wurde. Besteht hierüber kein Einverständnis unter den Gesellschaftern, so bleiben die Bücher solange beim Konkursamte, bis sie entweder gerichtlich einem der Gesellschafter zugesprochen worden sind, oder die zehnjährige Frist gemäss OR 878 vom Tage der letzten Eintragung an abgelaufen ist. Die Geschäftsbücher von falliten Aktiengesellschaften und Genossenschaften endlich sind auch nach Schluss des Konkursverfahrens auf dem Konkursamt aufzubewahren, solange nicht die nach OR 668 hiezu kompetente Behörde einen andern sichern Ort für ihre Niederlegung auf die Dauer von zehn Jahren bestimmt hat (vergl. Geschäftsbericht des Bundesrates pro 1904, Justizdepartement, S. 35 ff.). Im Sinne der vorstehenden Verfügung auch BE XXXV (1), 41.

[9]) Ebenso Reichel, Art. 197, N. 7. Was speziell den vom Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens verdienten Arbeitslohn anbetrifft, vergl. oben Note 5.

[10]) Ebenso Reichel, Art. 197, N. 10. Die deutsche KO § 16 sieht vor, dass die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung ausserhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen habe, was bei der oben im Text vorgeschlagenen analogen Anwendung von B 132 regelmässig auch in unserm Recht der Fall sein wird; vergl. SchwJZ IV, 130 (Neuenburg).

Sachen des Schuldners werden von der Konkurseröffnung nicht berührt und müssen bei der Liquidation, sofern sie richtig angemeldet wurden (B 232, Ziff. 2 u. 4), in zweckmässiger Weise berücksichtigt werden.[11])

b. Dingliche Rechte des Gemeinschuldners an Sachen Dritter gehören ebenfalls zur Konkursmasse, soweit sie nicht höchst persönlicher Natur und deshalb unverwertbar sind.

c. Obligatorische Ansprüche des Gemeinschuldners gehen einfach auf die Konkursmasse über, gleichgültig ob sie fällig und liquid, bedingt und betagt sind oder nicht, sofern nur ihr Entstehungsgrund zeitlich den in B 197 aufgestellten Regeln entspricht (vergl. oben II, Ziff. 2).[12]) Für die Erfüllung, bezw. Sicherstellung allfällig daranhaftender Bedingungen und Gegenleistungen hat die Konkursverwaltung zu sorgen, sofern derartige Ansprüche des Dritten nicht einfach im Wege der Konkurseingabe geltend zu machen sind (vergl. § 48, II, Ziff. 1 hienach).[13])

Eine besondere Regelung greift hinsichtlich der vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Versicherungsverträge Platz. Und zwar ist dabei auseinander zu halten der Fall einer Schadensversicherung einerseits und derjenige einer Personenversicherung andererseits.

Hinsichtlich der erstern schreibt Art. 55 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag vor: «Fällt der Versicherungsnehmer in Konkurs, so tritt die Konkursmasse in den Versicherungsvertrag ein. Es gelten hiefür dieselben Vorschriften wie bei der Hand-

---

[11]) Bloss obligatorische Ansprüche eines Dritten auf Herausgabe einer Sache können regelmässig nur in Form einer gewöhnlichen Konkursforderung geltend gemacht werden; vergl. BE XXV (2), 53, A V, 131.

[12]) Ebenso BE XXI, 115, XXV (2), 113; Jaeger, Art. 197, N. 1.

[13]) Vergl. auch A XI, 82 (Bern). Resultiert die Forderung des Gemeinschuldners aus einem zweiseitigen Vertrag, so kann gemäss OR 96 der andere Kontrahent seine Leistung solange zurückbehalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird. Vergl. dazu auch die Spezialvorschrift in OR 332 (Darlehen).

änderung (Art. 54). Befinden sich unter den versicherten Sachen unpfändbare Vermögensstücke (B 92), so verbleibt der für diese Vermögensstücke begründete Versicherungsanspruch dem Gemeinschuldner und seiner Familie.»

Bei der Personenversicherung kann von einem Eintritt der Konkursmasse in den Versicherungsvertrag der Natur der Sache nach nicht die Rede sein. Dagegen hat die Konkursverwaltung im allgemeinen das Recht, eine Lebensversicherung des Gemeinschuldners nach den hiefür geltenden Vorschriften zurückkaufen zu lassen (Art. 90 ff. leg. cit.), sofern der Anspruch nicht etwa als Kompetenzstück der konkursrechtlichen Verwertung entzogen ist.[14]) Jedoch sieht nun das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag ein besonderes Vorrecht des Ehegatten und der Nachkommen des versicherten Gemeinschuldners vor, indem es in Art. 86 verfügt: «Unterliegt der Anspruch aus einem Lebensversicherungsvertrage, den der Schuldner auf sein eigenes Leben abgeschlossen hat, der betreibungs- oder konkursrechtlichen Verwertung, so können der Ehegatte oder die Nachkommen des Schuldners mit dessen Zustimmung verlangen, dass der Versicherungsanspruch ihnen gegen Erstattung des Rückkaufpreises übertragen werde. Ist ein solcher Versicherungsanspruch verpfändet und soll er betreibungs- oder konkursrechtlich verwertet werden, so können der Ehegatte und die Nachkommen des Schuldners mit dessen Zustimmung verlangen, dass der Versicherungsanspruch ihnen gegen Bezahlung der pfandversicherten Forderung oder wenn diese kleiner ist als der Rückkaufpreis, gegen Bezahlung dieses Preises übertragen werde.» [14a])

---

[14]) Ebenso Jaeger, Art. 197, N. 1.

[14a]) Besondere Massnahmen zum Schutze dieses Anspruches werden nun für das Verwertungsstadium vorgesehen durch die Verordnung des Bundesgerichtes (Schuldbeteibungs- und Konkurskammer) vom 10. Mai 1910 betr. die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen nach dem Bundesgesets über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Art. 16; vergl. auch Koenig, Die Stellung von Frau und Kindern im neuen Schweiz. Versicherungsgesetz; Schweiz. Versicherungszeitschrift, I. S. 184 ff.

Eine vom Gemeinschuldner zu Gunsten Dritter abgeschlossene Personenversicherung gehört an sich regelmässig ebenfalls zur Konkursmasse.[15]) Die Begünstigung des Dritten erlischt nämlich mit der Konkurseröffnung über den Versicherungsnehmer und lebt wieder auf, wenn der Konkurs widerrufen wird (Art. 79, Al. 1, leg. cit.). Von dieser Regel sieht aber das Gesetz zwei Ausnahmen vor: Hat einerseits der Versicherungsnehmer auf das Recht, die Begünstigung zu widerrufen, verzichtet, so unterliegt der durch die Begünstigung begründete Versicherungsanspruch nicht der Zwangsvollstreckung zu Gunsten der Gläubiger des Versicherungsnehmers (Art. 79, Al. 2, leg. cit.). Sind anderseits der Ehegatte oder die Nachkommen des Versicherungsnehmers Begünstigte, so unterliegt, vorbehältlich allfälliger Pfandrechte, weder der Versicherungsanspruch des Begünstigten, noch derjenige des Versicherungsnehmers der Zwangsvollstreckung zu Gunsten der Gläubiger des Versicherungsnehmers (Art. 80, leg. cit.).[15a]) Sind

[15]) Die nähere Bestimmung der begünstigten Person vergl. in Art. 83 leg. cit. Hinsichtlich der ganzen Materie ist zu vergleichen: Roelli, Die Lebensversicherung zugunsten Dritter und das Versicherungsgesetz; Schweiz. Versicherungszeitschrift, I, S, 27 ff; ferner Constam, Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Versicherten im Lebensversicherungsvertrage zugunsten Dritter; Schweiz. Versicherungszeitschrift, I, S. 211 ff.

[15a]) Art. 10 der Verordnung des Bundesgerichtes vom 10. Mai 1910 schreibt darüber vor: «Im Konkurs kann ein Anspruch, aus einer Personenversicherung, für welchen ein Dritter in einer nach den Bestimmungen von Art. 79, Abs. 2 und Art. 80 VVG den Ausschluss der Zwangsvollstreckung bewirkenden Weise als Begünstigter bezeichnet ist, nur dann von der Masse liquidiert werden, wenn die Begünstigung durch gerichtliches Urteil in einem von der Masse oder einem einzelnen Gläubiger gemäss Art. 260 B gegen die Begünstigten durchgeführten Prozess als ungültig, bezw. nach Art. 285 ff. B anfechtbar bezeichnet worden oder die Begünstigung durch einen andern einem gerichtlichen Urteil gleichwertigen Akt hinfällig geworden ist». Besondere Massnahmen schreiben die Art. 11—14 der Verordnung für den Fall vor, dass an einem Personenversicherungsanspruch mit Begünstigung gemäss Art. 79 und 80 leg. cit. durch einen Konkursgläubiger ein Pfandrecht beansprucht wird (vergl. unten Note 25).

der Ehegatte oder die Nachkommen des Versicherungsnehmers Begünstigte aus einem Lebensversicherungsvertrag, so treten sie, sofern sie es nicht ausdrücklich ablehnen, mit dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber dem Versicherungsnehmer an dessen Stelle in die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag ein (Art. 81, Al. 1, leg. cit.).

In allen Fällen der Versicherung zu Gunsten Dritter bleiben aber die Vorschriften in B 285 ff. betreffend die Anfechtungsklage ausdrücklich vorbehalten (Art. 82, leg. cit.).

Der dem Gemeinschuldner zustehende fällige Anspruch aus einem Personenversicherungsvertrag fällt in die Konkursmasse, sofern er nicht ein Kompetenzstück gemäss B 92, Ziff. 9 und 10 darstellt, was meistens nicht der Fall sein wird (vergl. § 31, II, Ziff. 2, lit. c, cc und dd hievor)[16])

d. Ansprüche des Gemeinschuldners aus gewerblichem Eigentum: Patent-, Marken-, Muster-, und Modellrechte, sowie auch alle damit zusammenhängenden Forderungen fallen ebenfalls in die Konkursmasse, soweit solche Rechte überhaupt übertragbar sind.[17]) Das literarische und künstlerische Urheberrecht dagegen ist, solange der Urheber eine Realisierung desselben nicht wenigstens eingeleitet hat, nicht Bestandteil der Masse.[18])

[16]) Anderer Meinung Jaeger, Art. 197, N. 4.

[17]) Ebenso BE XXIV (1), 24. Zweifelhaft könnte nur sein, ob auch schon der blosse Patentanspruch gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1907 über die Erfindungspatente als admassierungsfähig zu betrachten ist. Sehr einschränkend Reichel, Art. 197, N. 9. Sobald aber einmal das Patent erteilt ist, kann gemäss Art. 9, leg. cit. an seiner Uebertragbarkeit und deshalb an seiner Zugehörigkeit zur Konkursmasse kein Zweifel mehr bestehen. Eine Uebertragung von Fabrik- und Handelsmarken ist nur mit der Uebertragung des Geschäftes selbst, dessen Erzeugnissen sie als Unterscheidung dienen, möglich (Bundesgesetz vom 20. Sept. 1890, betr. den Schutz von Fabrik- und Handelsmarken, Art. 11). Nur in diesem Sinn kann daher die Marke als Masseaktivum betrachtet werden. Ebenso Jaeger, Art. 197, N. 1.

[18]) Vergl. Reichel, Art. 197, N. 9; Hellmann, Lehrbuch, S. 151.

e. Familienrechtliche Ansprüche des Gemeinschuldners fallen regelmässig, weil nicht übertragbar, nicht in die Konkursmasse. Dies gilt namentlich hinsichtlich des Nutzungsanspruches des Ehemanns am Frauengut bei der Güterverbindung (ZGB 201, Al. 1) und desjenigen der Eltern am Kindesvermögen (ZGB 292, 327). Dagegen werden Forderungsansprüche des Gemeinschuldners gegenüber seinem Ehegatten zur Masse gezogen (ZGB 175, Al. 2).

f. Erbrechtliche Ansprüche des Gemeinschuldners (Erbschaft und Vermächtnis) gehören, soweit sie fällig sind, ohne weiteres zur Konkursmasse; dagegen nicht blosse Anwartschaften. Die Organe der Konkursmasse sind daher regelmässig nicht legitimiert, an Stelle des Gemeinschuldners die Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften und Vermächtnissen zu erklären.[19]) Dagegen kann das Zivilrecht der Konkursmasse die Möglichkeit geben, sich gegen ein doloses Verhalten des Gemeinschuldners ihr gegenüber in dieser Beziehung zu schützen.[20]) ZGB tut dies nach zwei Richtungen hin:

aa. Hat ein überschuldeter Erbe die Erbschaft zu dem Zweck ausgeschlagen, dass sie seinen Gläubigern entzogen bleibe, so können diese oder die Konkursverwaltung die Ausschlagung binnen sechs Monaten anfechten, wenn ihre Forderungen nicht sichergestellt werden. Wird ihre Anfechtung gutgeheissen, so gelangt die Erbschaft zur amtlichen Liquidation. Ein Ueberschuss dient in erster Linie zur Befriedigung der anfechtenden Gläubiger und fällt nach Deckung der übrigen Schulden an die Erben, zu deren Gunsten ausgeschlagen wurde (ZGB 578).

bb. Die Konkursverwaltung eines Erben kann, wenn der Erblasser den verfügbaren Teil zum Nachteil des Erben

---

[19]) Ueber solche Bestimmungen in den gegenwärtigen kantonalen Rechten vergl. Reichel, Art. 197, N. 6. Die österreichische KO §§ 4, 95 gibt der Konkursmasse das Recht, im Namen des Gemeinschuldners Erbschaften anzutreten und Vermächtnisse zu erwerben; vergl. Rintelen, Oesterr. Konkursrecht, S. 163.

[20]) B enthält keine ausdrücklichen Vorschriften, im Gegensatz zur deutschen KO § 8.

überschritten hat und dieser auf ihre Aufforderung hin die Herabsetzungsklage nicht anhebt, innerhalb der den Erben gegebenen Frist die Herabsetzung verlangen, soweit dies zu ihrer Deckung erforderlich ist. Die gleiche Befugnis besteht auch gegenüber einer Enterbung, die der Enterbte nicht anficht (ZGB 524).

2. Den zweiten Hauptbestandteil des Konkurssubstrates bilden die Anfechtungsansprüche der Masse. Zur Konkursmasse gehört alles, was gemäss B 214 und 285–292 Gegenstand der Anfechtungsklage ist (B 200, vergl. VIII. Kapitel, zweiter Unterabschnitt, hienach).

Konkurssubstrat ist aber dabei nicht etwa derjenige Vermögensbestandteil, welcher infolge des anfechtbaren Rechtsgeschäftes dem Vermögen des Gemeinschuldners entfremdet wurde, sondern lediglich der Anspruch gegenüber dem beteiligten Dritten auf Rückgängigmachung jenes Rechtsgeschäftes.[21])

IV. Besondere Rechtsverhältnisse am Konkurssubstrat.

Gemäss B 197, Al. 1 soll das sämtliche Vermögen des Gemeinschuldners, welches zeitlich, örtlich und sachlich zur Konkursmasse gehört, zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dienen. Es ist nun aber möglich, dass an gewissen Gegenständen bereits vor der Konkurseröffnung zu Gunsten bestimmter Gläubiger besondere Exekutionsverhältnisse geschaffen wurden, sei es durch Begründung von Pfandrechten, sei es durch die Pfändung. Das Gesetz nimmt zu diesen beiden Fällen Stellung.

1. Vermögensstücke, an denen Pfandrechte haften, werden unter Vorbehalt des den Pfandgläubigern gesicherten Vorzugsrechtes zur Konkursmasse gezogen (B 198).[22]) B kennt also — im Gegensatz zu andern Gesetzgebungen — kein sog. Absonderungsrecht zu Gunsten der

---

[21]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 200, N. 2, welcher sich auf die Ausführungen in BE XXIV (2), 108 beruft.

[22]) Lit. Krauss, Die Pfandgläubiger im Konkurs- und Nachlassvertrag, Diss. Bern 1904.

Pfandgläubiger, sondern lediglich eine Berücksichtigung ihres materiellen Vorrechtes im Konkursverfahren selbst.[23])

a. Voraussetzung dieser Berücksichtigung ist, dass es sich um ein Vermögensstück des Gemeinschuldners handelt, an welchem ein Pfandrecht haftet. Für den Begriff des Pfandrechtes ist dabei B 37 (ZGBE 60) massgebend (vergl. § 38, II, Ziff. 1 hievor). Ist für eine Schuld des Gemeinschuldners dagegen eine Sache verpfändet, welche einem Dritten gehört, so kann dieselbe gemäss B 197, Al. 1 nicht zur Masse gezogen werden.[24]) Jedoch kann der Pfandgläubiger seine Forderung auch im Konkurs geltend machen, sofern überhaupt ein persönliches Forderungsrecht gegenüber dem Gemeinschuldner besteht, was nicht der Fall ist bei Grundlast und Gült (ZGB 782, Al. 1, 847, Al. 3).[25])

---

[23]) Eine gewisse Ausnahme von der Admassierung verpfändeter Vermögensbestandteile schafft nun — allerdings unabhängig vom Willen des Pfandgläubigers — Art. 86, Al. 2 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag hinsichtlich eines verpfändeten Lebensversicherungsanspruches des Gemeinschuldners (vergl. oben III, Ziff. 1, lit. c).

[24]) Ebenso BE XXIII, 49, XXIV (1), 149, XXIX (1), 126; Jaeger, Art. 198, N. 1; Reichel, Art. 198, N. 3; Krauss, S. 26. Unerheblich ist dabei, ob die Pfandverwertung zur Zeit der Konkurseröffnung bereits begonnen hat oder nicht; vergl. BE XXIX (1), 126. Ebenso ändert die Zulassung der Pfandforderung im Konkurs nichts daran; vergl. BE XXXI (1), 22. Eine Ausnahme macht gegenwärtig noch Luzern, EG 32, für gewisse Fälle, sofern neben Liegenschaften des Gemeinschuldners für die nämliche Forderung auch noch Liegenschaften Dritter haften; vergl. darüber BE XXIX (1), 129. Abgesehen hievon ist also in jedem Falle eine durch das einem Dritten gehörende Pfand gesicherte Forderung gegen den Gemeinschuldner trotz der Konkurseröffnung auf dem Wege der Betreibung auf Pfandverwertung zu exequieren; vergl. BE XXXII (1), 59, XXXIV (1), 92.

[25]) Vergl. auch BE XXXIII (1), 139. Streitig könnte die Frage werden, ob hier der Gläubiger seine ganze Forderung im Konkurse geltend machen kann, oder nur den durch das Pfand nicht gedeckten Teil desselben. Die Frage ist im Sinn der ersten Alternative zu beantworten, da B 197, Al. 1 eine Befriedigung sämtlicher Gläubiger des Gemeinschuldners aus der Aktivmasse vorsieht. Ebenso Jaeger, Art. 198, N. 1; Krauss, S. 27. Die Konkursmasse kann auch nicht etwa die Abtretung des Pfandes verlangen, da dasselbe nicht zu Gunsten des Gemeinschuldners bestellt war. Einen hieher ge-

Ist dagegen eine Sache des Gemeinschuldners für die Schuld eines Dritten verpfändet, so greift die Regel in B 198

hörenden Spezialfall aus dem Versicherungsrecht regelt nun die Verordnung des Bundesgerichtes vom 10. Mai 1910 hinsichtlich eines verpfändeten Personenversicherungsanspruches des Gemeinschuldners, mit Bezug auf welchen ein Dritter als Begünstigter im Sinne des Art. 79, Al. 2 und Art. 80 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 auftritt. Art. 11—14 der Verordnung schreiben darüber vor: «Wird von einem Konkursgläubiger an einem Personenversicherungsanspruch mit Begünstigung im Sinne des Art. 10 hievor ein Pfandrecht geltend gemacht, so hat die Konkursverwaltung sich vorerst darüber schlüssig zu machen, ob sie die Begünstigung auf dem Prozessweg bestreiten oder auf eine Bestreitung verzichten wolle, um im letztern Falle den Konkursgläubigern Gelegenheit zu geben, ihrerseits nach Art. 260 B den Prozess durchzuführen. — Wird die Begünstigung anerkannt oder die Bestreitung durch gerichtliches Urteil oder einen gleichwertigen Akt als unbegründet erklärt, so findet die Liquidation des Pfandes nicht im Konkurs statt, sondern es ist, wenn der Gemeinschuldner selbst das Pfand bestellt hat, dem Pfandgläubiger von der Konkursverwaltung eine angemessene Frist zur Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung gegen den Schuldner anzusetzen. Immerhin ist über die Zulassung der betreffenden Forderung, ohne Rücksicht auf das Pfand im Kollokationsplan eine Verfügung zu erlassen. Die auf die Forderung entfallende Konkursdividende ist jedoch so lange zurückzubehalten, bis die Pfandverwertung ausserhalb des Konkurses durchgeführt ist, und wird nur insoweit ausgerichtet, als sie zur Deckung eines allfälligen Ausfalles in Anspruch genommen werden muss. — Ist dagegen das Pfand von einem Begünstigten selbst, dem die Police mit dem unterschriftlichen Verzicht auf den Widerruf der Begünstigung übergeben oder dem gegenüber sonst auf den Widerruf der Begünstigung in gesetzlicher Weise endgültig verzichtet worden ist, für die Schuld des Versicherungsnehmers bestellt worden, so unterbleibt eine Fristansetzung an den Pfandgläubiger und wird ihm die auf die Forderung entfallende Konkursdividende sofort vollständig ausbezahlt, es wäre denn, dass der Begünstigte vor Schluss des Konkursverfahrens den Pfandgläubiger ganz oder teilweise befriedigt hätte, in welchem Fall das Recht auf Bezug der Dividende im Verhältnis des von ihm bezahlten Betrages auf den Begünstigten übergeht. — Im Falle, dass auf die Begünstigung von den Begünstigten verzichtet oder dass sie vom Schulner widerrufen oder gerichtlich als ungültig, bezw. anfechtbar bezeichnet worden ist, hat die Konkursverwaltung über die Anerkennung oder Bestreitung des Pfandrechts und der Pfandforderung im Kollokationsplan, eventuell in einem Nachtrag dazu, eine Verfügung zu treffen

schlechtweg Platz.[26]) Ebenso, wenn die verpfändete Sache ein Kompetenzstück gemäss B 92 darstellt.[27])

b. Die Wirkung der Admassierung eines Pfandgegenstandes besteht in der Verwertung des letztern durch die Konkursverwaltung. Dem Pfandgläubiger ist es dabei überlassen, seine Ansprüche in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise im Konkurse geltend zu machen.[28]) Ferner hat der Pfandgläubiger, welcher eine Sache des Gemeinschuldners in Händen hat, dieselbe auf ergangenen Schuldenruf hin innerhalb der Eingabefrist dem Konkursamt zur Verfügung zu stellen (B 232, Ziff. 4; vergl. § 52, III, Ziff. 2, lit. c hienach).

2. Haftet an einem Vermögensstück des Gemeinschuldners zwar kein Pfandrecht, ist es aber zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers gepfändet worden, so kann — wie schon früher gezeigt wurde — von einer dinglichen Verhaftung des Gegenstandes zu Gunsten des pfändenden Gläubigers nicht die Rede sein (vergl. § 29, III hievor). Dagegen kann die vorausgegangene Betreibung auf Pfändung u. U. mit dem ausgebrochenen Konkurs in Konkurrenz treten. Es sind hiebei zwei Fälle zu unterscheiden:

a. Hat die Verwertung der gepfändeten Sache im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht

---

und die Liquidation des Pfandes im Konkurs vorzunehmen.» Ob diese Vorschriften mit dem oben erwähnten Prinzip in B 197, Al. 1, wonach jeder Konkursgläubiger Anspruch auf Deckung aus der Konkursmasse hat, in allen Teilen übereinstimmen, mag dahingestellt bleiben.

[26]) Dagegen kann natürlich der Pfandgläubiger, da er ja keine persönliche Forderung an den Gemeinschuldner hat, für den Ueberschuss über die Pfanddeckung hinaus nicht Anweisung im Konkurs verlangen; vergl. auch Krauss, S. 22 ff.

[27]) Vergl. oben Note 7, sowie BE XXIV (1), 73; Jaeger, Art. 198, N. 1.

[28]) Die Verwertung durch die Konkursverwaltung muss auch dann erfolgen, wenn die Parteien eine Liquidation des Pfandes auf privatrechtlichem Weg verabredet hatten; vergl. BE XXIV (1), 57; Reichel, Art. 198, N. 4. Besteht dagegen das Pfand in einer Geldsumme (pignus irregulare), so kann nach der Praxis der Pfandgläubiger einfach kompensieren; vergl. Jaeger, Art. 198, N. 3; BE XXIII, 101.

stattgefunden, so liegt — mangels einer dinglichen Berechtigung — kein Grund vor, den pfändenden Gläubiger vor den Konkursgläubigern zu begünstigen. Die gepfändeten Gegenstände stehen nach wie vor im Vermögen des Gemeinschuldners und fallen deshalb nach der allgemeinen Regel in die Konkursmasse. Das nämliche ist der Fall hinsichtlich der Arrestgegenstände, d. h. solcher Vermögensstücke des Gemeinschuldners, auf welche gemäss B 271 ein Arrest gelegt wurde, da auch die Arrestlegung weder einen Eigentumsentzug gegenüber dem Schuldner, noch auch ein dingliches Recht zu Gunsten des Arrestgläubigers begründet (B 199, Al. 1).[29]) Die Frage der Zuweisung an die Masse hat vorerst das pfändende Betreibungsamt selbst zu entscheiden. Gegen seine Verfügung kann einerseits der pfändende Gläubiger, andererseits die Konkursverwaltung und der Gemeinschuldner Beschwerde führen.[30]) Eine Anrufung der Gerichte ist unzulässig, da es sich hier nicht um einen Streit über das Bestehen eines materiellen Rechtes, sondern um einen solchen über die Wirksamkeit einer betreibungsrechtlichen Massnahme handelt.[31])

Ein mit Bezug auf den zu admassierenden Pfändungsgegenstand angehobener Widerspruchsprozess fällt dahin, weil auch das Betreibungsverfahren, dessen Bestandteil er bildete, gemäss B 206 durch die Konkurseröffnung aufgehoben wurde. Der Dritte kann aber seinen Anspruch gemäss B 242 der Konkursmasse gegenüber geltend machen. Ein von ihm in der Betreibung auf Pfändung bereits erstrittenes siegreiches Urteil im Widerspruchsprozess wirkt

---

[29]) Die Praxis nimmt an, dass sich dies auch auf gepfändete Kompetenzstücke bezieht; vergl. die oben in Note 7 zit. Entscheide, sowie die dazu geäusserten Bedenken. In keinem Fall kann der gepfändete, aber noch nicht verdiente Lohn zur Masse gezogen werden (vergl. oben Note 3); ebensowenig ein von einem Dritten beim Betreibungsamt gemachtes Depositum; vergl. BE XXV (1), 81.

[30]) Die Praxis verneint die Beschwerdelegitimation des Gemeinschuldners; vergl. BE XXVII (1), 100, XXVIII (1), 17. Dagegen § 9, III, Ziff. 1, lit. b hievor.

[31]) A. M. Jaeger, Art. 199, N. 2; A III, 32; dagegen wie oben A II, 121.

der Konkursmasse gegenüber nur dann, wenn der Prozess gegenüber dem Schuldner, nicht aber, wenn er gegenüber einem Gläubiger durchgeführt wurde (vergl. § 32, III, Ziff. 3 hievor).[32])

Wurde endlich nach erfolgter Pfändung aber vor der Konkurseröffnung ein Pfandrecht am gepfändeten Gegenstand errrichtet, so kann dasselbe im Konkurs nur insoweit geltend gemacht werden, als es gemäss B 96, Al. 2 (ZGBE 60) auch in der Betreibung auf Pfändung geschützt würde, indem sonst ein Rechtserwerb in fraudem legis vorliegen würde (vergl. § 30, V, Ziff. 2, lit. b hievor).[33])

b. Hat die Verwertung der gepfändeten Vermögensstücke zur Zeit der Konkurseröffnung bereits stattgefunden, so ist die Betreibung auf Pfändung in ihren wesentlichen Teilen beendigt. Die Verteilung des Erlöses hat gemäss B 144, Al. 1 ohne Antrag des Gläubigers von Amtes wegen stattzufinden. Die Voraussetzung dieser Verteilung ist demnach gegeben.[34]) Der Erlös bereits verwerteter Vermögensstücke wird daher gemäss B 144—150 verteilt, und nur ein Ueberschuss fällt in die Konkursmasse (B 199, Al. 2).

Voraussetzung dieser Verteilung ist jedoch, dass die Verwertung vollständig durchgeführt ist, wobei aber jede im Gesetz vorgesehene Verwertungsart genügt. Unerheblich ist also, ob die Verwertung durch Zwangsversteigerung oder aber — bei Mobilien — durch freihändigen Verkauf (B 130), durch Abtretung einer Forderung an Zahlungsstatt (B 131, Al. 1) oder durch besondere Liquidation (B 132) erfolgte (vergl. § 35, IV hievor). Dagegen ist keine Verwertung im Sinne des Gesetzes die Uebernahme eines gepfändeten Anspruches durch die Gläubiger zum Zwecke

---

[32]) Jaeger, Art. 199, N. 5 hebt auch mit Recht hervor, dass der im Widerspruchsprozess obsiegende Gläubiger ein Vorrecht im Konkurs nicht geniesst.

[33]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 199, N. 5; Reichel, Art. 199, N. 8; Brüstlein, in A V, 6; Krauss, S. 15; Curti, Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung, S. 17 ff.

[34]) Vergl. dazu BE XXX (1), 95.

der Eintreibung (B 131, Al. 2), solange die letztere nicht tatsächlich stattgefunden hat.[35])

Notwendig zur Erfüllung des Tatbestandes in B 199, Al. 2 ist aber ferner, dass die betreffende Verwertung — gleichviel welcher Art sie war — in der gesetzlichen Form und unter Einhaltung der gesetzlichen Zeitbestimmungen vor sich ging, da sonst die Pfändungsgläubiger aus einer Gesetzesverletzung Vorteile ziehen würden.[36])

Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass zur Zeit der Konkurseröffnung bereits alle in der vorhergehenden Betreibung gepfändeten Vermögensstücke verwertet sind. Vielmehr kommt einfach der bereits erzielte Erlös dem pfändenden Gläubiger zu, während die noch nicht verwerteten Gegenstände in die Konkursmasse fallen.[37]) Einem Gläubiger mit bloss provisorischer Pfändung wird kein Erlös ausgehändigt.

---

[35]) Ebenso Jaeger, Art. 199, N. 2. Noch weniger kann ein vom Schuldner eigenmächtig vorgenommener Verkauf der gepfändeten Sachen als Verwertung gelten; vergl. BE XXI, 148, XXIV (1), 63, XXVII (1), 104.

[36]) Ebenso BE XXVI (1), 91, XXX (1), 95, XXXIII (1), 68, wo es sich um durch das Betreibungsamt eingezogene Mietzinse der gepfändeten Liegenschaft handelte. Dieser Einzug bedeutet noch keine Verwertung im Sinne des Gesetzes. Wurde bares Geld gepfändet, so nimmt die Praxis an, dass die Verwertung erst als geschehen zu betrachten sei, wenn die Anschlussfristen gemäss B 110, 111 abgelaufen sind; vergl. BE XXIV (1), 97, XXXI (1), 69; A II, 121, III, 32, 101; Jaeger, Art. 199, N. 2. Dagegen fällt eine gemäss B 124 vorzeitig vorgenommene Verwertung unter die Regel in B 199, Al. 2; vergl. BE XXIX (1), 27. Anders nun BE XXXII (1), 52, XXXIII (1), 52, wo ganz allgemein die Ansicht vertreten wird, es sei in jedem Falle zu untersuchen, ob die Verwertung, sofern sie nach dem ordentlichen Verfahren durchgeführt worden wäre, im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hätte beendigt sein können. Die zit. Entscheide stellen auf BE XXX (1), 95 ab, übersehen jedoch, dass es sich dort nicht, wie hier, um eine gesetzlich vorgesehene Verwertungsart, sondern um eine blosse Verwaltungshandlung (Einkassierung von Mietzinsen) handelte. Diesen Unterschied scheint mir — vom entgegengesetzten Standpunkt aus — auch Brand in der Anmerkung zu A IX, 1, worin er mit Recht die soeben erwähnte Praxis kritisiert, zu übersehen.

[37]) Unrichtig Krauss, S. 16; dagegen wie oben Jaeger Art. 199, N. 7.

V. Die Aussonderung.

In dem durch B 197 aufgestellten Grundsatz, dass sämtliches Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffung angehört, die Konkursmasse bildet, liegt implicite auch der weitere, dass solche Gegenstände, an welchen der Gemeinschuldner kein Eigentum hat, zu denen er aber trotzdem in einem rechtlichen oder tatsächlichen Gewaltverhältnisse steht, nicht in die Masse einzubeziehen sind. Ihr Eigentümer hat vielmehr ein Recht auf Aussonderung derselben.

1. Die Aussonderung bezieht sich also in erster Linie auf fremde Sachen, welche sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, sei es infolge eines Vertragsverhältnisses (Miete, Hinterlegungsvertrag etc.), sei es infolge eines familienrechtlichen Verhältnisses,[38]) oder sei es endlich infolge rechtswidriger Innehabung.[39])

2. Abgesehen von dem soeben erwähnten Falle der Aussonderung, welcher sich auf ein materielles Rechtsverhältnis gründet, schafft aber das Gesetz auch bestimmte konkursrechtliche Aussonderungsgründe.[40])

a. Hieher gehört vor allem der Fall einer fiduziarischen Innehabung eines Inhaber- oder Orderpapiers durch den Gemeinschuldner. Wenn sich in Händen des Gemeinschuldners ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier befindet, welches ihm bloss zur Einkassierung oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung übergeben oder indossiert worden ist, so kann derjenige, welcher das Papier übergeben oder indossiert hat, die Rückgabe desselben verlangen (B 201).[41])

---

[38]) Vergl. darüber ZGB 210, Al. 3.

[39]) Vergl. dazu namentlich die reichhaltige Kasuistik bei Jaeger, Art. 197, N. 3. Rechte, welche den Besitz der Sache voraussetzen, wie Niessbrauch und Faustpfand, sowie auch Miteigentumsverhältnisse legitimieren nicht zum Aussonderungsanspruch. Einen gesetzlich ausdrücklich geregelten Spezialfall vergl. beim Mandat (OR 399).

[40]) Kohler, Lehrbuch, S. 177 bezeichnet diese Fälle als vindicatio utilis.

[41]) Vergl. dazu Heusler, Motive, S. 109, Martin, p. 183 s., Kohler, Lehrbuch, S. 179.

Die Voraussetzung dieses Aussonderungsanspruches ist eine dreifache: Einmal muss die Uebergabe des Wertpapieres erfolgt sein zum Zwecke der Einkassierung desselben oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung — z. B. mit Bezug auf gewisse, seitens des Gemeinschuldners für Rechnung des Dritten abzuschliessende Rechtsgeschäfte —, so dass der Wille einer bloss fiduziarischen Uebergabe klar am Tag liegt.[42]) In zweiter Linie kommt nur die Uebergabe von Inhaberpapieren, bezw. die Indossierung von Orderpapieren (Wechsel, Check, Warrants, Lager- und Ladescheine) in Betracht, nicht aber die Zession eines andern Wertpapiers, da eine solche zum Zweck der Einkassierung oder der künftigen Deckung weder erforderlich noch üblich ist. Endlich muss sich das übergebene Papier zur Zeit der Konkurseröffnung noch in Händen des Schuldners befinden. Hat er es bereits veräussert oder einkassiert, so steht dem dritten Uebergeber oder Indossanten lediglich ein Ersatzanspruch zu, welcher als gewöhnliche Konkursforderung geltend zu machen ist.[43])

b. Mit dem soeben genannten einigermassen verwandt ist der weitere Fall, dass der Gemeinschuldner eine fremde Sache verkauft und zur Zeit der Konkurseröffnung den Kaufpreis noch nicht erhalten hat. Dann kann der bisherige Eigentümer gegen Vergütung

[42]) Diese Voraussetzung ist immer strikte zu interpretieren, und es trägt der dritte Aussonderungsansprecher die Beweislast. Bei Orderpapieren ist dieser Beweis dann ohne weiteres erbracht, wenn das Indossament die Klausel «zur Einkassierung» trägt. Jedoch ist das Vorhandensein dieses Vermerks nicht Voraussetzung der Aussonderung. Ebenso Jaeger, Art. 201, N. 4. Ueber die Fälle und den Nachweis einer Uebergabe als Deckung für eine künftige Zahlung vergl. Jaeger, Art. 201, N. 5.

[43]) Die Ansicht Jaegers, Art. 231, N. 4, dass sich das Rückforderungsrecht auch auf allfällige aus der Begebung des Papieres seitens des Gemeinschuldners entstandene Ansprüche des letztern gegenüber Dritten oder aber auf dafür eingetauschte andere Papiere beziehe, steht mit dem Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch. Richtig Reichel, Art. 201, N. 7.

dessen, was der Gemeinschuldner darauf zu fordern hat, Abtretung der Forderung gegen den Käufer oder Herausgabe des inzwischen von der Konkursverwaltung eingezogenen Kaufpreises verlangen (B 202).

Erste Voraussetzung dieses Aussonderungsanspruches ist also, dass der Schuldner eine fremde, d. h. nicht ihm selbst gehörende Sache verkauft hat.[44]) Und zwar muss der Verkauf auf eigene Rechnung des Gemeinschuldners, ohne Vorliegen eines Vertretungs- oder Auftragsverhältnisses oder einer genehmigten Geschäftsführung ohne Auftrag erfolgt sein, indem sonst der Kaufpreis bezw. die Kaufpreisforderung gemäss OR 36, 399, 431, 474 auf den Vertretenen, sobald er seinen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist, übergeht.[45]) Der Verkauf muss ferner vor der Konkurseröffnung erfolgt und der Kaufpreis zur Zeit der letztern noch nicht in die Hände des Gemeinschuldners gelangt sein. Ist das erstere nicht der Fall, so kommt die Konkursmasse als solche gar nicht in Betracht. Fehlt das zweite Requisit, so gehört der zur Zeit der Konkurseröffnung bereits eingezogene Kaufpreis zur Konkursmasse, und der Dritte hat nur noch eine Konkursforderung.

Der Anspruch des Dritten ist ein verschiedener, je nachdem die Konkursverwaltung zur Zeit der Geltendmachung des Rückforderungsrechtes den Kaufpreis bereits eingezogen hat oder nicht. Im erstern Fall geht der Anspruch auf Herausgabe des erhaltenen Kaufpreises, im letzteren auf Abtretung der Kaufpreisforderung.[46]) Beide Ansprüche des Dritten sind Masseverbindlichkeiten (vergl. § 48, IV hienach).

c. Zu den konkursrechtlichen Aussonderungsansprüchen

---

[44]) Stand die Sache im Miteigentum des Gemeinschuldners, so trifft B 202 nicht zu, sondern es ist einfach das Miteigentumsverhältnis zu liquidieren (vergl. oben III, Ziff. 1, lit. a).

[45]) Dem Verkauf setzt Jaeger, Art. 202, N. 3 mit Recht den Tausch gleich (OR 272).

[46]) Allfällige Vindikationsansprüche, welche dem Dritten gemäss OR 205—207 gegenüber dem Käufer des Gemeinschuldners, d. h. dem Erwerber der Sache zustehen, werden durch B 202 nicht berührt; vergl. Reichel, Art. 202, N. 3; Jaeger, Art. 202, N. 11.

gehört endlich auch das sogenannte Rücknahmerecht des Verkäufers (droit de suite, right of stoppage in transitu).[47] Wenn eine Sache, welche der Gemeinschuldner gekauft und noch nicht bezahlt hat, an ihn abgesendet, aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht in seinen Besitz übergegangen ist, so kann der Verkäufer die Rückgabe desselben verlangen, sofern nicht die Konkursverwaltung den Kaufpreis bezahlt (B 203, Al. 1).[48]

Erste Voraussetzung des Rücknahmerechtes ist, dass die gekaufte Sache an den Schuldner abgesendet, aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht in seinen Besitz übergegangen ist. Daraus folgt, dass es sich nur um bewegliche Sachen, aber um alle solchen handelt.[49] Ferner aber muss eine Versendung der Ware stattgefunden haben, woraus mit Recht geschlossen wird, dass nur Distanzkäufe, nicht aber Platzkäufe in Betracht fallen.[50] Endlich darf der Käufer noch nicht den Besitz an der Sache erworben haben.[51] Der Besitz geht hier gemäss OR 203 (ZGB 923) auf den Erwerber über,

---

[47]) Durch diese Institution soll verhindert werden, dass der Verkäufer zusehen muss, wie seine Ware, ohne dass er dafür bezahlt wird, direkt von seiner Hand in die Konkursmasse übergeht, um den andern Gläubigern des Gemeinschuldners zur Befriedigung zu dienen. Ueber den legislatorischen Grundgedanken und dessen Entwicklung vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 170 ff.

[48]) Gestützt auf den Ausnahmecharakter der Bestimmung darf die letztere nicht extensiv interpretiert, d. h. auf andere Geschäfte als den Kauf ausgedehnt werden; also namentlich nicht auf den Werkvertrag (vergl. ZBJV XXIV, 540), ebenso nicht auf die Einkaufskommission, wie dies Jaeger, Art. 203, N. 3 in Anlehnung an die deutsche KO § 44 tun will. Dagegen ist gemäss OR 272 dem Kauf der Tausch gleichzusetzen.

[49]) Also auch um Wertpapiere; vergl. Jaeger, Art. 203, N. 1 und die dort zit. Judikatur.

[50]) Vergl. Reichel, Art. 203, N. 2; Jaeger, Art. 203, N. 3. Der letztere hebt richtig hervor, dass im Fall der Nichtablieferung beim Platzkauf eben noch gar kein Eigentum übergegangen ist, so dass der Verkäufer einfach die Sache zurückbehalten kann; vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 174.

[51]) Die deutsche KO § 44 stellt nicht auf die Erwerbung des Besitzes, sondern des Gewahrsams ab.

sobald dieser die Sache durch einen Stellvertreter oder persönlich in Empfang nimmt. Als Stellvertreter des Käufers kommt der von ihm bezeichnete Kommissionär oder Depositär in Betracht.[52]) Hat der Käufer die Ware nach ihrer Ankunft aus irgend einem Grund dem Verkäufer zur Verfügung gestellt, so hat er damit auch die Besitzergreifung abgelehnt.[53])

Die zweite Voraussetzung des Rücknahmerechtes besteht darin, dass weder der Gemeinschuldner die Ware bezahlt hat, noch auch die Konkursverwaltung zur Entrichtung des Kaufpreises bereit ist. Im einen wie im andern Fall ist dabei unter Bezahlung die Erlegung des ganzen abgemachten Kaufpreises zu verstehen. Eine blosse Teilzahlung bindet den Verkäufer nicht; jedoch muss er eine solche im Falle der Rücknahme an die Konkursmasse zurückerstatten.[54])

Das in B 203, Al. 1 vorgesehene Rücknahmerecht kann aber mit den Regeln des Privatrechtes über den Eigentumserwerb durch gutgläubige Dritte in Kollision geraten. Wo dies der Fall ist, geht das Recht des gutgläubigen Erwerbers dem Rücknahmerecht vor. Immerhin zählt das Gesetz die hier in Betracht kommenden Fälle ausdrücklich und abschliessend auf. Das Rücknahmerecht ist nämlich ausgeschlossen, wenn die Sache vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses von einem gutgläubigen Dritten auf Grund eines Frachtbriefes, Konossements oder Ladescheines zu Eigentum oder Pfand erworben worden ist (B 203, Al. 2).[55])

---

[52]) Der Frachtführer ist — wie Jaeger, Art. 203, N. 5 richtig annimmt — beim Fehlen einer ausdrücklichen Verabredung nicht Vertreter des Käufers. Ein Besitzerwerb gemäss OR 201, 202, ZGB 924 (durch Beauftragung des innehabenden Dritten, die Sache künftig für den Erwerber in Gewahrsam zu halten oder durch constitutum possessorium) fällt hier nicht in Betracht, weil ja dabei keine Versendung der Ware erfolgt; a. M. Jaeger, Art. 203, N. 5.

[53]) Ebenso BE XXVI (2), 20.

[54]) Ebenso Jaeger, Art. 203, N. 4, wo auch die verschiedenen in Betracht fallenden Arten der Zahlung erörtert werden.

[55]) Eine Erwerbung von Eigentum oder Pfandrecht auf Grund eines Frachtbriefes ist allerdings gegenwärtig in der Schweiz nicht

Das in B 203 umschriebene Rücknahmerecht muss als Ausnahmebestimmung strikte interpretiert werden. Die im Gesetz dafür vorgesehenen Bedingungen können nicht etwa durch vor der Konkurseröffnung getroffene Verabredungen zwischen Käufer und Verkäufer abgeändert werden. Namentlich äussert ein vom Verkäufer gemachter Rücktrittsvorbehalt gemäss OR 264 in dieser Beziehung keinerlei Wirkungen. Ein Verkäufer, welcher dem Gemeinschuldner die verkaufte Sache vor der Konkurseröffnung übertragen hat, kann nicht mehr von dem Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern, auch wenn er sich dies ausdrücklich vorbehalten hat (B 212).[56])

Nicht in die Konkursmasse fällt dagegen der Kaufgegenstand dann, wenn im Kaufvertrag ein Eigentumsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers statuiert wurde, sofern nur dieser Vorbehalt nach dem materiellen Recht als gültig angesehen werden muss.[57]) Dies war nach dem

möglich, da nach dem geltenden Recht der Frachtbrief nicht die Bedeutung eines Ladescheins hat (vergl. Bundesgesetz vom 29. März 1893 betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen, Art. 8, Al. 6; internationales Übereinkommen vom 14. Oktober 1890 über den Eisenbahnfrachtverkehr, Art. 8, Al. 6). Wie oben auch Reichel, Art. 203, N. 4, Jaeger, Art. 203, N. 11;

[56]) Dem Kaufvertrag ist gemäss OR 272 auch der Tausch gleichzusetzen; vergl. BE XXV (2), 53. Dasselbe ist — entgegen der Ansicht von Jaeger, Art. 212, N. 1 — auch beim Werkvertrag anzunehmen. Sobald nämlich hier die Sache einmal an den Besteller übertragen wurde, er also Eigentum daran erworben hat, fällt die Sache gemäss B 197 in die Konkursmasse.

[57]) Ebenso BE XXV (2), 53; Jaeger, Art. 212, N. 5; Reichel, Art. 212, N. 2. Die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehaltes wurde im bisherigen Recht durch die Theorie teilweise bestritten; vergl. Stückelberg, Der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf nach schweiz. Recht, ZschwR, N. F., XVII, 322 ff; Martin, Pactum reservati dominii et hypothèque mobilière. Genf 1903; Oser, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. Referat für die Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1905, ZschwR, N. F., XXIV, 437 ff; Marti, Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen, SchwJZ IV, 33 ff. Die bundesgerichtliche Praxis hat die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehaltes von jeher angenommen; vergl. BE XXIV (2), 13, XXV (2), 59. XXIX (2), 84, sowie die dort zit. frühern Urteile.

gegenwärtigen Recht insofern zweifelhaft, als eine positive Vorschrift darüber nicht existierte (vergl. oben Note 57). ZGB 715 schreibt nun aber vor: «Der Vorbehalt des Eigentums an einer dem Erwerber übertragenen beweglichem Sache ist nur dann wirksam, wenn er an dessen jeweiligem Wohnort in einem vom Betreibungsbeamten zu führenden öffentlichen Register eingetragen ist. Beim Viehhandel ist jeder Eigentumsvorbehalt ausgeschlossen». Damit ist die prinzipielle Zulässigkeit des Eigentumsvorbehaltes und ihr Umfang für das künftige Recht statuiert.[58])

Streitig bleibt aber nach wie vor die Frage, ob beim Vorhandensein eines gültigen Eigentumsvorbehaltes die Konkursverwaltung an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen, d. h. durch Bezahlung des Kaufpreises die Sache zu Eigentum erwerben kann. Dies ist richtigerweise zu bejahen, da der Gemeinschuldner gegenüber dem Verkäufer einen obligatorischen Anspruch darauf hat, gegen Bezahlung des Preises die Eigentumsübertragung zu verlangen. Dieser Anspruch fällt, weil vermögensrechtlicher Natur, in die Konkursmasse und kann einem allfälligen Aussonderungsanspruch des Verkäufers gegenüber einredeweise geltend gemacht werden, vorausgesetzt, dass nicht etwa der Eigentumsvorbehalt mit einem Rücktrittsvorbehalt wegen Zahlungsverzuges verbunden war und der letztere eingetreten ist.[59])

---

[58]) Zugleich gibt nun ZGB 716 eine positive Lösung der im bisherigen Konkursrecht streitigen Frage, wie es bei der Geltendmachung des Eigentumsvorbehaltes mit allfälligen vom Eigentümer schon bezogenen Abzahlungsquoten steht. Dieselben sind unter Abzug eines angemessenen Mietzinses und einer Entschädigung für Abnützung der Konkursmasse zurückzuerstatten. Vergl. nun auch Leemann, Reflexionen über den Eigentumsvorbehalt nach ZGB 715/716; SchwJZ VI, 281 ff.

[59]) Ebenso Jaeger, Art. 212, N. 5. Nicht ganz klar Reichel, Art. 212, N. 2. Unrichtig Stückelberg, a. a. O., S. 360, der auch die mit dem Eigentumsvorbehalt verbundene Rücktrittsklausel als durch B 212 ausgeschlossen ansieht. Unrichtig aber auch Oser, a. a. O., S. 483 ff., der annimmt, dass die Sache hier den Konkursgläubigern schlechtweg entzogen und daher einem Kompetenzstück gleichzuachten sei Dies ist im Hinblick auf B 197 nicht haltbar.

3. Für die Geltendmachung des Aussonderungsanspruches und die Entscheidung darüber sieht B 242 ein besonderes Verfahren vor (vergl. § 53 hienach).

Dieses Verfahren ist nicht nur da anzuwenden, wo es sich um eine Aussonderung auf materiellrechtlicher Grundlage handelt (vergl. oben Ziff. 1), sondern auch mit Bezug auf die rein konkursrechtlichen Aussonderungsfälle (vergl. Ziff. 2, lit. a—c). Entsteht daher zwischen der Konkursverwaltung und einem Dritten Streit über die Rückgabe eines Inhaber- oder Orderpapieres gemäss B 201, über die Abtretung der Kaufpreisforderung, bezw. die Herausgabe des eingezogenen Kaufpreises gemäss B 202, über das Rücknahmerecht des Verkäufers gemäss B 203, so hat die Konkursverwaltung dem Dritten nach Massgabe der Vorschrift in B 242, Al. 2 eine Frist zur Klageerhebung anzusetzen.[60])

VI. Die Verrechnung im Konkurs.

Mit der Aussonderung ist die Geltendmachung der Verrechnung im Konkurs insofern verwandt, als durch sie — ebenso wie durch jene — der Konkursmasse gewisse Vermögensbestandteile (Forderungsrechte) entzogen werden. Da der kompensierende Gläubiger vor den übrigen Konkursgläubigern, welche für ihre Forderungen lediglich eine Konkursdividende erhalten, erheblich begünstigt ist, so ist es notwendig, hier die Vorschriften des materiellen Rechtes über die Verrechnung in der Weise zu modifizieren, dass von vornherein allfälligen unlautern Machinationen der Riegel geschoben wird. Diese Modifikation besteht einerseits in einer Erweiterung, andererseits in einer Beschränkung des materiellen Kompensationsrechtes.[61])

Selbstverständlich ist, dass bei Geltendmachung des Eigentumsvorbehaltes seitens des Verkäufers eine Konkurseingabe für den Kaufpreis unzulässig ist; vergl. A II, 94 (Zürich).

[60]) Eine Beschwerde gegenüber der Verfügung der Konkursverwaltung, gestützt auf die materiellrechtliche Unbegründetheit einer Verweigerung der Herausgabe, ist unzulässig; vergl. A XI, 88.

[61]) Keinen Einfluss üben die speziellen Kompensationsregeln in B auf eine Verrechnung gegenüber dem Gemeinschuldner persönlich aus. Besitzt jedoch der letztere gegenüber einem Konkurs-

1. Grundsätzlich kann jeder Gläubiger seine Forderung mit einer Forderung, welche dem Gemeinschuldner ihm gegenüber zusteht, verrechnen (B 213, Al. 1).

Es handelt sich dabei nicht sowohl um eine Geltendmachung der Verrechnung dem Gemeinschuldner persönlich gegenüber, als vielmehr um eine solche gegenüber der Konkursmasse. Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

a. Der Gläubiger kann nicht nur eine eigentliche Konkursforderung, sondern auch eine Massaverbindlichkeit (vergl. § 48, IV hienach) zur Kompensation verstellen.[62])

b. Ein gegenüber dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung gemäss OR 139 ausgesprochener Verzicht auf die Verrechnung schliesst die letztere gegenüber der Konkursmasse nicht aus. Dagegen kann natürlich der Gläubiger auch der Konkursmasse gegenüber gemäss OR 139 auf die Verrechnung Verzicht leisten.[63])

c. Gegenüber Forderungen des Gemeinschuldners mit Kompetenzqualität findet eine Verrechnung nicht statt (vergl. oben Note 61). Ebenso ist sie natürlich ausgeschlossen hinsichtlich einer Forderung, die der Konkursgläubiger nach der Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner erworben hat.

2. Die materiellen Voraussetzungen der Kompensation sind im allgemeinen die gleichen, wie sie durch das geltende Zivilrecht aufgestellt werden (OR 131

---

gläubiger eine Forderung, welche sich als Kompetenzstück gemäss B 92 darstellt, so kann dieser Forderung gegenüber die Konkursforderung nicht zur Kompensation verstellt werden. Einmal nämlich können Konkursforderungen nach der Konkurseröffnung nicht mehr gegenüber dem Gemeinschuldner, sondern nur noch im Konkurse geltend gemacht werden, solange nicht gemäss B 265, Al. 3 der Erwerb neuen Vermögens durch den Gemeinschuldner nachgewiesen ist. Ferner aber wäre eine solche Verrechnung eine Umgehung des Prinzipes in B 197, Al. 1, wonach Kompetenzstücke nicht zur Deckung von Konkursforderungen verwendet werden sollen. In diesem Sinne muss OR 136, Al. 1 modifiziert werden.

[62]) Ebenso Jaeger, Art. 213, N. 1.

[63]) Ebenso Jaeger, Art. 133, N. 2; Kohler, Lehrbuch, 129; A. M. Fitting, Reichskonkursrecht, S. 249.

ff.).[64]) Jedoch bedingt die Natur des Konkurses einige Ausnahmen von der Regel.

a. Hinsichtlich des Erfordernisses der Gegenseitigkeit der Forderungen (OR 131, Al. 1) ist auf das oben sub Ziff. 1, lit. a und c Gesagte zu verweisen.

b. Das Requisit der Gleichartigkeit der zu verrechnenden Forderungen (OR 131, Al. 1) erfährt insofern eine Modifikation, als gemäss B 211, Al. 1 Forderungen des Konkursgläubigers, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben, im Konkurs zu Geldforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt werden. Der Konkursgläubiger kann also seine Realforderung mit einer Geldforderung des Gemeinschuldners, bezw. der Masse kompensieren. Dagegen ist natürlich die Verrechnung einer Geldforderung des Dritten mit einer dem Gemeinschuldner, bezw. der Konkursmasse ihm gegenüber zustehenden Realforderung ausgeschlossen.

c. Auch die Fälligkeit der zu kompensierenden Forderung (OR 131, Al. 1) wird im Konkurs regelmässig nicht verlangt, indem gemäss B 208, Al. 1 die Konkurseröffnung die Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners, mit Ausnahme des grundversicherten, bewirkt. Schon OR 136, Al. 1 schreibt vor: «Im Konkurse eines Schuldners können die Gläubiger ihre Forderungen, auch wenn sie nicht fällig sind, mit Forderungen, welche dem Gemeinschuldner ihnen gegenüber zustehen, verrechnen». Es muss demnach, trotzdem dies in B nicht ausdrücklich erwähnt wird, auch die Verrechnung mit suspensiv bedingten und mit betagten Forderungen zulässig sein, da auch diese gemäss B 210 im Konkurse geltend gemacht werden können.[65])

---

[64]) Vergl. dazu Rossel, Manuel du droit des obligations, 2ᵐᵉ édition, p. 198 ss.; Janggen, Die Kompensation nach schweiz. OR, Diss., ZBJV XXIII, 331 ff.

[65]) Ebenso BE XXI, 115; Jaeger, Art. 213, N. 3. Reichel, Art. 213, N. 4 will hier vom Konkursgläubiger die Einzahlung seiner Schuld verlangen, ihm aber durch die Konkursmasse Sicherheit leisten lassen, dass er beim Eintritt der Bedingung oder des Verfalltages seine Deckung in der vollen Höhe seiner Gegenforderung erhält. Im Gesetz findet diese Ansicht keine Stütze. Dagegen ist

3. Die Geltendmachung der Verrechnung kann sowohl vom Konkursgläubiger als auch von der Konkursverwaltung ausgehen.

Will der Konkursgläubiger kompensieren, so kann er entweder seine Forderung im Konkurs eingeben und dabei Kompensation verlangen, oder aber er kann abwarten, bis die Konkursmasse ihre Forderung geltend macht und sodann die Verrechnungseinrede erheben.[66]) Immerhin muss er sich gemäss B 232, Ziff. 3 innerhalb der Eingabefrist unter Straffolge als Schuldner anmelden. Will die Konkursverwaltung eine eingegebene Forderung, für welche zugleich Verrechnung begehrt wird, nicht als verrechnungsfähig anerkennen, so kolloziert sie die eingegebene Forderung, soweit sie dieselbe anerkennt, und verrechnet die Konkursdividende mit ihrer Gegenforderung. Der Gläubiger, welcher sich dieses Vorgehen nicht gefallen lassen will, hat der Masse gegenüber Klage anzustellen.[67])

Die Konkursverwaltung kann die Verrechnung geltend machen, indem sie entweder — sofern sie die Kompensationsbefugnis auf Seiten des Konkursgläubigers anerkennt — die Konkurseingabe im Betrage der Gegenforderung abweist, oder aber — wenn sie dem Gläubiger die Verrechnungsbefugnis bestreitet — die Konkursdividende mit ihrer Gegenforderung kompensiert.

In jedem Falle sind die Wirkungen der geltend gemachten Verrechnung die gleichen wie die im materiellen Recht (OR 138) vorgesehenen.

4. Was den Ausschluss der Kompensationsmöglichkeit anbelangt, so tritt derselbe vor allem aus den im materiellen Recht (OR 132, 133) vorgesehenen Gründen ein. Daneben aber findet ein derartiger Ausschluss auch aus rein konkursrechtlichen Rücksichten statt.[68])

---

klar, dass wenn die Bedingung nicht eintritt, das Forderungsrecht der Konkursmasse einfach wieder auflebt.

[66]) Ebenso A IV, 19.

[67]) Ebenso Jaeger, Art. 213, N. 5. Vergl. einen Spezialfall in A V, 139.

[68]) Die einschlägigen Vorschriften waren ursprünglich in OR 136, Al. 2 und 3 enthalten. Diese Bestimmungen sind nun aber

a. Die Verrechnung ist danach ausgeschlossen, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners erst nach der Konkurseröffnung Gläubiger desselben wird (B 213, Ziff. 1).[69])

Dieser Ausschlussgrund ist nur die logische Folge der oben sub Ziff. 1 erwähnten Tatsache, dass als Kompensationsgegner nicht mehr der Gemeinschuldner, sondern die Konkursmasse erscheint. Forderungen, welche gegenüber dem Gemeinschuldner erst nach der Konkursöffnung erworben werden, gehen nämlich die Konkursmasse nichts an.[70]) Nicht unter den Ausschlussgrund in B 213, Ziff. 1 fallen dagegen bedingte oder betagte Forderungen, welche zwar vor der Konkurseröffnung entstanden sind, deren Bedingung oder Verfalltag aber erst nachher eintritt.[71])

Der Ausschlussgrund gemäss B 213, Ziff. 1 erstreckt sich aber nicht bloss auf Forderungen, welche nach der Konkurseröffnung neu entstanden, sondern auch auf solche, die zwar vorher entstanden, aber erst nach der Konkurseröffnung auf den Schuldner des Gemeinschuldners übergingen, gleichgültig ob dies durch Singular- oder durch Universalsukzession geschah. Mit dem Moment der Konkurseröffnung wird eben jede Forderung gegen den Gemeinschuldner Konkursforderung, und kann, wenn die

---

durch die in B 213 enthaltenen ersetzt und deshalb als obsolet zu betrachten. Der in B 213 vorgesehene Ausschluss der Kompensation wirkt auch dann, wenn die Konkursmasse ihren Anspruch einem Dritten zediert hat; vergl. BE XXXI (2), 97.

[69]) BE XXXIV (2), 43 nimmt ferner an, dass die Kompensation ausgeschlossen sei, wenn der Schuldner des Gemeinschuldners seine Forderung zwar vor der Konkurseröffnung erwarb, jedoch nachdem ihm die Pfändung seiner eigenen Schuld gemäss B 99 angezeigt wurde.

[70]) Vergl. BE XXXI (2), 47.

[71]) Hieher gehören namentlich Regressforderungen des Bürgen, der eine für den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eingegangene Bürgschaft nachher einlösen muss (vergl. BE XXXI (2), 97); ebenso diejenige des Indossanten eines vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung akzeptierten oder ausgestellten Wechsels; vergl. SchwJZ V, 183 (Bern); Reichel, Art. 213, N. 7 und 8; Jaeger, Art. 213, N. 9.

Kompensationsmöglichkeit nicht vorher gegeben war, nur als solche geltend gemacht werden. Die Wirkung einer verlangten Verrechnung bezieht sich aber gemäss OR 138 auf den Moment zurück, da sich beide Forderungen zur Verrechnung geeignet gegenüberstanden. In diesem Moment bestand in casu bloss eine Konkursforderung im technischen Sinn, d. h. ein Anspruch auf die Konkursdividende. Der Zeitpunkt des Forderungsüberganges berechnet sich dabei im Falle der Universalsukzession nach dem Moment des Erbanfalles (ZGB 537, Al. 1), im Falle der Singularsukzession nach dem Momente der schriftlichen Verurkundung der Zession (OR 184, Al. 2).[72])

Nicht unter B 213, Ziff. 1 fällt der Erwerb einer sog. Massaverbindlichkeit durch den Schuldner des Gemeinschuldners. Hier ist, da die Massaverbindlichkeit voll befriedigt werden muss, Verrechnung zulässig (vergl. oben Ziff. 1, lit. a.).

b. Aus dem oben festgestellten Satze, dass im Moment der Konkurseröffnung eine gegenüber dem Gemeinschuldner bestehende Forderung zur Konkursforderung im technischen Sinne wird, ergibt sich ein weiterer Ausschlussgrund der Kompensation für den Fall, dass ein Gläubiger des Gemeinschuldners erst nach der Konkurseröffnung Schuldner desselben oder der Konkursmasse wird (B 213, Ziff. 2).

Hier ist eben die Forderung, welche der Konkursmasse gegenüber im Moment des Zustandekommens der Gegenforderung besteht, a priori nur ein Anspruch auf Konkursdividende; deshalb kann auch nur dieser zur Kompensation verstellt werden. Anders verhält es sich natürlich auch hier, wenn der Inhaber einer Masseverbindlichkeit Schuldner der Masse wird, und ebensowenig kann eine zur Zeit der Konkurseröffnung zwar bestehende, jedoch bedingte oder betagte Schuld des Konkursgläubigers gegenüber dem Gemeinschuldner von der Verrechnung ausgeschlossen werden.[73])

c. Nicht zulässig ist ferner die Verrechnung, wenn die

---

[72]) Ebenso Reichel, Art. 213, N. 6; Jaeger, Art. 213, N. 9.

[73]) Ebenso Reichel, Art. 213, N. 12; Jaeger, Art. 213, N. 12.

Forderung des Konkursgläubigers auf einem Inhaberpapiere beruht. Hier wäre es eben schwierig festzustellen, ob der Gläubiger seine Forderung vor oder nach der Konkurseröffnung erworben hat. Um daher allen unlautern Machinationen von vorneherein den Faden abzuschneiden, schliesst das Gesetz die Verrechnung schlechtweg aus [74])

d. Endlich können im Konkurs einer Aktiengesellschaft rückständige Aktienbeträge, im Konkurse einer Genossenschaft rückständige statutarische Beiträge nicht mit Forderungen gegen die Gesellschaft (Genossenschaft) verrechnet werden (B 213, Al. 3). Dies erklärt sich daraus, dass diese Beiträge ihrem rechtlichen Zwecke nach dazu bestimmt sind, das den Gläubigern der Aktiengesellschaft oder Genossenschaft haftende Vermögen der letztern zu äufnen, der Aktionär oder Genossenschafter also damit gleichsam jenen Gläubigern selbst haftet.[75])

5. Neben dem in B 213 normierten Ausschluss der Verrechnung wird aber auch noch die Anfechtbarkeit einer an sich formell zulässigen Verrechnung vorgesehen. Dieselbe tritt ein, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung, aber in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners eine Forderung an denselben erworben hat, um sich oder einem andern durch die Verrechnung unter Beeinträchtigung der Konkursmasse einen Vorteil zuzuwenden (B 214).[76])

a. Die Voraussetzung dieser Anfechtbarkeit ist also eine dreifache, nämlich:

aa. der Erwerb der Forderung vor der Konkurseröffnung;

---

[74]) Der Ausschluss der Verrechnung kann also auch nicht durch den Nachweis vermieden werden, dass das Inhaberpapier tatsächlich vor der Konkurseröffnung erworben wurde; vergl. BE XXX (2), 68. Kritik der Bestimmung bei Jaeger, Art. 213, N. 13 und bei Janggen, a. a. O., ZBJV XXIII, 442 ff.

[75]) Vergl auch Kohler, Lehrbuch, S. 130, sowie BE XXXI (2), 10.

[76]) Die Vorschrift in B 214 ersetzt die beinahe gleichlautende in OR 137. Ueber die Unterschiede der beiden Bestimmungen vergl. Reichel, Art. 214, N. 1; Martin, p. 212. Hinsichtlich der ratio legis in OR 137, welche auch für B 214 zutrifft, vergl. BE XIV, 101.

bb. die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners zur Zeit des Erwerbes;

cc. die Absicht, sich oder einem andern — eben mit Rücksicht auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und den voraussichtlichen Konkurs — durch die Verrechnung unter Beeinträchtigung der Konkursmasse einen Vorteil zuzuwenden. Das Vorhandensein fraudulöser Absicht gegenüber der Konkursmasse ist zur Schaffung des Tatbestandes unerlässlich.[77]) Es genügt aber wohl auch ein dolus eventualis. Die Absicht muss im Momente des Forderungserwerbes vorhanden sein, d. h. sie muss das Motiv des letztern bilden.

b. Die Ausübung der Anfechtung einer Verrechnung stellt einen speziellen Fall der Anfechtungsklage gemäss B 285 ff. dar. Die Legitimation, sowie die Art und Weise der Geltendmachung richtet sich deshalb nach den dort aufgestellten Regeln.[78]) Die Anfechtung kann somit nur durch die Konkursmasse selbst geschehen, bezw. durch den Konkursgläubiger, welchem der Anspruch gemäss B 260, 269 durch die Konkursmasse abgetreten wurde (B 285, Ziff. 2).

Macht der Gläubiger den anfechtbaren Verrechnungsanspruch der Masse gegenüber geltend, so kann diese ihm die Anfechtbarkeit einredeweise entgegenhalten. Sie wird deshalb die letztere regelmässig in gleicher Weise geltend machen wie die gesetzliche Unzulässigkeit der Verrechnung gemäss B 213 (vergl. oben Ziff. 3).

§ 48.

Das Konkursobjekt.

I. Begriff und Arten.

Während bei der Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung das Objekt immer nur eine von vorne-

---

[77]) Ebenso BE XIV, 101; Jaeger, Art. 214, N. 6. Die Anfechtbarkeit fehlt also, wenn der Dritte die Forderung durch Erbschaft erwarb.

[78]) Die in B 289 aufgestellte Regel, dass der Richter unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden habe, wurde auch schon in OR 137 statuiert.

herein bestimmte Forderung ist, für welche überhaupt die Schuldbetreibung als solche angehoben wurde, bringt die Konkurseröffnung eine Ausdehnung des Betreibungsobjektes mit sich. Die Natur des Konkurses als Generalexekution verlangt, dass mit den Aktiven des schuldnerischen Vermögens auch seine Passiven liquidiert werden, unbekümmert darum, ob für diese ein spezielles Schuldbetreibungsverfahren eingeleitet wurde oder nicht. Konkursobjekt sind deshalb in thesi alle vermögensrechtlichen Ansprüche, welche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner bestehen (Konkursforderungen).

Dabei müssen auch solche Ansprüche berücksichtigt werden, welche ohne die Konkurseröffnung mangels Fälligkeit oder wegen Bedingtheit oder Betagtheit dem Gemeinschuldner gegenüber noch nicht geltend gemacht werden könnten, da sie sonst jede Aussicht auf Deckung aus dem schuldnerischen Vermögen verlieren würden. Anderseits wird aber durch entsprechende Anordnungen des Gesetzgebers dafür gesorgt, dass die betreffenden Gläubiger nicht eine Befriedigung erhalten, welche ihnen gemäss den bestehenden materiellen Rechtsverhältnissen nicht zukommt.

Aus dem soeben erwähnten Grunde gelangen endlich im Konkurse auch solche Ansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner zur Liquidation, welche, weil nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautend, nicht Gegenstand der selbständigen Anhebung einer Betreibung sein könnten.

Abgesehen von diesen eigentlichen Konkursforderungen müssen aber aus dem Konkurssubstrat, d. h. aus dem Ergebnis der Aktivmasse auch noch solche Ansprüche gedeckt werden, welche infolge der Durchführung des Konkursverfahrens selbst entstehen. Sie richten sich mit Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund nicht gegen den Gemeinschuldner als solchen, sondern gegen die Konkursmasse selbst und werden daher als Masseverbindlichkeiten bezeichnet.

Die sämtlichen aus dem Konkurssubstrat zu deckenden Posten, also die Konkursforderungen einerseits und die Masseverbindlichkeiten andererseits bilden zusammen die sog. Passivmasse.

II. Die Konkursforderungen.

Gemäss B 197, Al. 1 soll die Aktivmasse zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger des Gemeinschuldners dienen. Konkursforderung ist deshalb begrifflich jeder Gläubigeranspruch, welcher zur Zeit der Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner besteht.

1. In sachlicher Beziehung wird also vor allem gefordert, dass es sich um einen Anspruch an den Gemeinschuldner handelt.

Hieher gehören demnach nicht solche Ansprüche, welche nicht gegenüber dem Gemeinschuldner persönlich, sondern ausschliesslich als dingliche Rechte an einer in seinem Eigentum befindlichen Sache bestehen (Grundlast und Gült).[1]) Diese Belastungen sind daher nicht Konkursforderungen. Eine Veräusserung der betreffenden Sache im Konkursverfahren geschieht aber immer unter Überbindung der Belastung an den Erwerber (B 135, Al. 1, 259, ZGBE 60; vergl. unten Ziff. 2, lit. a.).

Ausgeschlossen sind ferner auch solche Ansprüche, welche zwar an sich gegen den Gemeinschuldner gerichtet sind, ihm gegenüber aber nicht geltend gemacht werden können, wie z. B. Naturalobligationen, verjährte Forderungen, nicht vollstreckbare (ausländische) Bussen und Abgabeforderungen.[2])

Unerheblich dagegen ist die Art und Weise der Beschaffenheit des Vermögenswertes eines Anspruches.

a. Es gehören deshalb einmal zu den Konkursforderungen alle Ansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner, welche auf eine Geldzahlung gerichtet sind. Der Rechtsgrund kommt dabei nicht in Betracht, und es können neben den privatrechtlichen Forderungen gegenüber dem

---

[1]) Anders Reichel, Art. 197, N. 15.

[2]) Vergl. Jaeger, Art. 197, N. 6; Reichel, Art. 196, N. 17; Rintelen, Österreichisches Konkursrecht, S. 247; Fitting. Reichskonkursrecht, S. 86. Ferner sind im Konkurse einer Gesellschaft oder Genossenschaft auch die Anteilsrechte der Mitglieder nicht Konkursforderungen; vergl. Reichel, Art. 197, N. 18; Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrecht, 1907, S. 28.

Gemeinschuldner auch die öffentlichrechtlichen (Abgaben, Gebühren, Bussen etc.) im Konkurse geltend gemacht werden.[3])

Zu den Geldforderungen gehören aber neben dem Hauptanspruch auch alle Nebenfolgen, nämlich die vom Gläubiger ausgelegten Betreibungskosten, sowie die Zinse bis zum Tage der Konkurseröffnung (B 208, Al. 1; vergl. unten, Ziff. 2).

Eine Ausnahme von der Zulassung ist zu machen für die Forderungen aus einem Schenkungsversprechen des Gemeinschuldners, weil das letztere gemäss OR 273 n (ZGBE 59) durch die Eröffnung des Konkurses von Gesetzes wegen aufgehoben wird. Dies bezieht sich sowohl auf Schenkungsversprechen unter Lebenden, als auch von Todes wegen.[4])

Keine Konkursforderung stellen auch die gesetzlichen Unterhaltungsansprüche der Ehefrau und der Kinder des Gemeinschuldners (ZGB 160, 272, 289) dar, da sie sich der Natur der Sache nach nur gegen die Person des Verpflichteten, nicht gegen sein Vermögen richten und daher auch keine vermögensrechtliche Forderung begründen.[5]) Beruht jedoch der Alimentationsanspruch auf

[3]) Allerdings können solche Forderungen, sofern sie nicht aus dem Kanton selbst, in welchem der Konkurs durchgeführt wird, stammen, oder bundesrechtlich begründet sind, prozessual nicht geltend gemacht werden, sofern sie die Konkursverwaltung nicht anerkennt. Ebenso Jaeger, Art. 197. N. 6, der aber aus Billigkeitsgründen für ihre Zulassung ist, da ja alles Vermögen des Gemeinschuldners, gleichviel in welchem Kanton es gelegen ist, in die Konkursmasse fällt. Ebenso — für Geldbussen — Reichel, Art. 197, N. 2. De lege ferenda wird eine Ordnung dieses Punktes unumgänglich notwendig sein. Die deutsche KO § 62, Ziff. 3 schliesst die Geltendmachung von Geldstrafen im Konkurse ausdrücklich aus; vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 341; Hellmann, Lehrbuch. S. 213, sowie die dort in N. 4 zitierten Autoren.

[4]) Im bisherigen Rechte existierte eine eidgenössische Bestimmung hierüber nicht, weshalb solchen Ansprüchen die Natur einer Konkursforderung regelmässig nicht abgesprochen werden konnte; vergl. Jaeger, Art. 197, N. 6. Eine ausdrückliche Bestimmung vergl. in der deutschen KO § 63. Ziff. 4.

[5]) Kohler, Lehrbuch, S. 323 drückt dies dahin aus, die be-

Vertrag oder Urteil (ZGB 134, 152, 170, 317, 319), so stellt er eine gewöhnliche vermögensrechtliche Forderung dar, und kann deshalb im Konkurs geltend gemacht werden (vergl. aber unten, lit. b).[6] Ebenso sind natürlich hieher zu rechnen Rentenforderungen aus Delikt oder Haftpflicht.[7])

b. Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben, werden in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt (B 211, Al. 1).

Dies betrifft alle Ansprüche auf Leistung einer Sache oder auf ein Tun oder Unterlassen seitens des Gemeinschuldners, mit Ausnahme der Eigentumsansprüche, welche direkt zur Aussonderung des betreffenden Gegenstandes aus der Konkursmasse berechtigen (vergl. § 47, V hievor).[8]

Unter diesem Gesichtspunkte sind aber auch diejenigen Geldforderungen zu betrachten, welche entweder nicht in der Landesmünze ausgedrückt oder aber ihrem Betrage nach nicht bestimmt sind, wie z. B. richterlich noch nicht festgesetzte Schadenersatz- und Haftpflichtansprüche, Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen etc.[9] Auch sie müssen in Form eines bestimmten Geldbetrages nach schweizerischer Landeswährung eingegeben werden. Hinsichtlich der ebenfalls hieher gehörenden Leibrentenforderungen behält B 210, Al. 2 die Vorschrift in OR 522 vor, welche bestimmt: «Fällt der Leibrentenschuldner in Konkurs, so ist der Leibrentengläubiger berechtigt, seine Ansprüche in Form einer Kapitalforderung geltend zu machen, deren Wert durch dasjenige Einsatzkapital bestimmt wird, um

---

treffende Forderung sei keine obligationsrechtliche, sondern eine familiäre. Im Resultat ebenso Reichel, Art. 197, N. 21; Jaeger, Art. 197, N. 6.

[6]) Ebenso Jaeger, Art. 197, N. 6; Reichel, Art. 197, N. 21; dagegen Kohler, Lehrbuch, S. 324, Hellmann, Lehrbuch, S. 208 ff.

[7]) Ebenso Kohler, Lehrbuch, S. 373.

[8]) Eine reichhaltige Einzelaufzählung vergl. bei Jaeger, Art. 211, N. 1.

[9]) Vergl. Reichel, Art. 211, N. 3; Hellmann, Lehrbuch, S. 212.

welches die nämliche Leibrente zur Zeit der Konkurseröffnung bei einer soliden Rentenanstalt bestellt werden könnte».

Die in B 211, Al. 1 vorgesehene Umwandlung hat nach dem Grundsatze zu erfolgen, dass der Gläubiger im Konkurse genau das Äquivalent dessen geltend machen kann, was ihm der Gemeinschuldner realiter zu leisten hätte. Der «entsprechende Wert», wie er in B 211, Al. 1 vorgesehen ist, besteht also in dem Interesse, welches der Gläubiger an der Realleistung des Gemeinschuldners hat (sog. Erfüllungsinteresse).[10]) Aus dieser Tatsache ergeben sich verschiedene praktische Schlussfolgerungen:

Vor allem kann eine Interessenforderung des Gläubigers im Konkurse nur insoweit anerkannt werden, als die vom Gemeinschuldner geschuldete Realleistung nicht schon vor der Konkurseröffnung durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, unmöglich geworden ist. Andernfalls muss eben die Schuld gemäss OR 145, Al. 1 als erloschen angesehen werden.[10a])

Ferner aber kann der Gläubiger neben dem Erfüllungsinteresse nicht auch noch einen besondern Schadenersatzanspruch dafür geltend machen, dass er infolge der Konkurseröffnung auf die Realerfüllung verzichten muss, sofern eine derartige Entschädigungsforderung nicht schon vor der Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner selbst bestand.[11])

[10]) Ebenso Jaeger, Art. 211, N. 2 und 5; Kohler, Lehrbuch, S. 133 ff. Ein Erfüllungsinteresse und nichts anderes kann namentlich auch dann gefordert werden, wenn bei einem zweiseitigen Vertrag die Konkursverwaltung nicht gemäss B 211, Al. 2 realiter erfüllt; vergl. BE XXXII (2), 67, XXXIII (2), 52, sowie die dort zit. Judikatur und Literatur. Nicht ganz klar BE XXIII, 33.

[10a]) Dagegen gehört natürlich nicht etwa das Unmöglichwerden der Erfüllung infolge der Konkurseröffnung selbst hieher; vergl. BE XXXII (2), 67.

[11]) Ebenso Jaeger, Art. 211, N. 2 und 5. Das einzige, was der Gläubiger hier zu fordern hat, ist eben nach der Wahl der Konkursverwaltung deren Realleistung gemäss B 211, Al. 2 oder aber den entsprechenden Geldbetrag. In diesem Sinne sind wohl auch die oben in Note 10 zitierten Urteile zu verstehen.



Endlich ist die Interesseforderung des Gläubigers immer nur als Konkursforderung und nicht etwa als Masseverbindlichkeit zu behandeln, da sie sich gegen den Gemeinschuldner und nicht gegen die Masse als solche richtet. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Konkursverwaltung gemäss B 211, Al. 2 ihrerseits die Realleistung ablehnt.[12])

Die Umwandlung des Realanspruches ist in erster Linie durch den Gläubiger selbst in der Weise vorzunehmen, dass er in seiner Konkurseingabe eine der von ihm zu fordernden Realleistung entsprechende Geldforderung geltend macht. Die Konkursverwaltung hat sich sodann im Kollokationsplan gemäss B 247, 248 darüber auszusprechen, ob und in welchem Umfang sie diesen Anspruch anerkennt.

B 211, Al. 2 gibt der Konkursverwaltung indessen das Recht, die Verpflichtung des Gemeinschuldners selbst realiter zu erfüllen.[13]) Der Gläubiger seinerseits hat kein Wahlrecht. Er kann in seiner Konkurseingabe nur seine Interessenforderung geltend machen und nicht etwa den Anspruch auf Realleistung durch die Konkursverwaltung erheben.[14])

Äussert jedoch die Konkursverwaltung die Absicht, an Stelle des Gemeinschuldners selbst zu erfüllen, so kann der Gläubiger verlangen, dass ihm die Erfüllung sicherge-

---

[12]) Vergl. BE XXV (2), 53, Revue XXVI, 22, A XI, 82 (Bern), SchwJZ IV, 235 (Zürich). Dies gilt namentlich auch für den nicht realiter erfüllten Kauf- und Tauschvertrag. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Fonjallaz, Effet de la faillite sur les contrats de vente antérieurs; Diss. Lausanne, 1900.

[13]) Vergl. eine Untersuchung einzelner Fälle bei Jaeger, Art. 211, N. 5. Eine ausdrückliche Erklärung über die von ihr getroffene Wahl braucht die Konkursverwaltung nicht abzugeben. Wenn sie im Kollokationsplan die Interesseforderung des Gläubigers anweist, so ist damit genügend dokumentiert, dass sie nicht realiter erfüllen will; vergl. BE XXIV (1), 56.

[14]) Sofern es sich um die Leistung persönlicher Dienste handelt, kann auch der Gemeinschuldner dem Gläubiger Realleistung anbieten. Der Gläubiger muss sie annehmen, hat jedoch gleichwohl das Recht, seine Forderung gemäss B 211 anzumelden. Ist aber einmal die Leistung richtig erfüllt, so fällt die Eingabe dahin; vergl. auch Jaeger, Art. 211, N. 2.

stellt werde (B 211, Al. 2). Diese Forderung auf Sicherheitsleistung stellt eine Massaverbindlichkeit dar, da sie sich nicht gegen den Gemeinschuldner, sondern gegen die Masse als solche richtet. Wird daher die Realerfüllung seitens der Konkursverwaltung nicht richtig geleistet, so hat der Gläubiger nicht bloss Anspruch auf eine Konkursdividende, sondern auf vollen Schadenersatz, wofür er sich aus der geleisteten Sicherheit bezahlt machen kann. Entsteht zwischen der Konkursverwaltung und dem Gläubiger Streit über die Hinlänglichkeit der geleisteten Sicherheit, so hat darüber der Richter zu entscheiden, sofern der Gläubiger nicht vorzieht, seinen Sicherheitsleistungsanspruch gegen die Konkursmasse auf dem Betreibungswege geltend zu machen, wobei dann ein Streit über die Hinlänglichkeit der geleisteten Sicherheit gemäss B 85 zu erledigen ist (vergl. § 28, II, Ziff. 2, lit b, aa hievor).

Eine besondere Regelung des Wahlrechtes der Konkursverwaltung wird in B 211, Al. 3 hinsichtlich der Pacht getroffen, indem einfach auf OR 315 verwiesen wird, wonach, wenn der Pächter in Konkurs fällt, das Pachtverhältnis mit der Konkurseröffnung erlischt. Sofern jedoch dem Verpächter für den laufenden Pachtzins und den Bestand des Inventars hinreichende Sicherheit geleistet wird, so ist derselbe pflichtig, die Pacht bis zu Ende des Pachtjahres fortzusetzen. [15])

---

[15]) Damit ist auch gesagt, dass der Verpächter keine Konkursforderung für noch nicht verfallenen Pachtzins besitzt. Anders verhält es sich mit den noch nicht fälligen Mietzinsen. OR 288 bestimmt nämlich, dass, wenn der Mieter in Konkurs fällt, der Vermieter zur Auflösung der Miete berechtigt ist, wenn ihm nicht binnen angemessener Frist für den rückständigen und die später fälligen Mietzinse Sicherheit geleistet wird. Er kann also an sich auch auf eine Aufhebung des Vertrages verzichten und seine noch nicht fällige Mietzinsforderung im Konkurs eingeben; jedoch nur als Konkursforderung; vergl. BE XXVII (2), 5; A XI, 82. Bei Auflösung des Pachtverhältnisses hat die Konkursverwaltung gleich einem abziehenden Pächter gemäss OR 319 das Stroh und den Dünger des letzten Jahres zurückzulassen. Diesen Realanspruch des Verpächters kann sie nicht etwa in eine Geldforderung umwandeln; vergl. BE XXIX (2), 80.

Keine eigentliche Abweichung von dem Grundsatz in B 211, Al 2 enthält OR 390 hinsichtlich des Verlagsvertrages, wo vorgeschrieben ist: «Gerät der Verleger in Konkurs, so kann der Verlaggeber das Werk einem andern Verleger übertragen, wenn ihm nicht für Erfüllung der zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht verfallenen Vertragsverbindlichkeiten Sicherheit geleistet wird.» Am Wahlrecht der Konkursverwaltung wird also dadurch nichts geändert. Verzichtet sie aber auf die Sicherheitsleistung für eine Realerfüllung des Vertrages, so ist der Verlaggeber nicht darauf angewiesen, einfach sein Erfüllungsinteresse im Konkurse geltend zu machen, sondern er kann das Verlagsrecht einem andern Verleger übertragen.

Das Wahlrecht der Konkursmasse gemäss B 211 ist dann ausgeschlossen, wenn die Natur der dem Gemeinschuldner obliegenden Leistung deren Erfüllung durch die Konkursverwaltung nicht gestattet. Dies ist namentlich der Fall bei Verpflichtungen aus Dienstvertrag und Werkvertrag, sofern nicht bereits schon dem Gemeinschuldner deren Uebertragung an Dritte gestattet war (OR 339, 351).

Das Wahlrecht der Konkursverwaltung fällt ferner dahin, wenn die Zeit, innerhalb welcher der Gläubiger zur Entgegennahme der Realleistung verpflichtet war, zur Zeit der Konkurseröffnung bereits abgelaufen ist.

Endlich aber kann das Wahlrecht der Konkursverwaltung dadurch unpraktisch werden, dass infolge zivilrechtlicher Vorschrift das Vertragsverhältnis mit der Konkurseröffnung erlischt und zugleich im Gesetz die von der Konkursmasse zu machende Ersatzleistung festgestellt wird. Dies ist z. B. der Fall beim Leibrentenvertrag (OR 522, B 210, Al. 2; vergl. oben), ferner beim Versicherungsvertrag.[16] Der gleiche Effekt kann auch erzielt

[16]) Art. 37 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 schreibt vor: «Wird über den Versicherer der Konkurs eröffnet, so erlischt der Vertrag mit dem Ablauf von vier Wochen von dem Tage an gerechnet, da die Konkurseröffnung bekannt gemacht worden ist. Der Versicherungsnehmer kann die in Art. 36, Absatz 2 und 3 dieses Gesetzes

werden durch eine im Vertrag festgesetzte Konventionalstrafe, welche im Falle der Nichterfüllung an Stelle der Vertragsleistung treten soll.[17] Der Gläubiger kann hier einfach die Konventionalstrafe als Konkursforderung eingeben, wodurch das Wahlrecht der Konkursverwaltung dahinfällt.

Wo dagegen das materielle Recht an die Konkurseröffnung über einen Vertragskontrahenten, sei es absolut sei es unter Vorbehalt gegenteiliger Abrede, einfach Auflösung des Vertrages ohne Festsetzung eines Schadenersatzanspruches der Gegenpartei knüpft, kann ein solcher auch der Konkursmasse gegenüber nicht geltend gemacht werden. Dies ist z. B. der Fall beim Auftrag (OR 403, Al. 1) beim Frachtvertrag (OR 450), bei der Kommission (OR 431).[18]

2. In zeitlicher Beziehung gelten als Konkursforderungen diejenigen und nur diejenigen vermögensrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner, welche zur Zeit der Konkurseröffnung bereits bestehen. Erst nach der Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner entstandene Forderungen dagegen kommen im Konkurse nicht in Betracht.[19]

Dies gilt namentlich auch hinsichtlich der Zinsen, indem gemäss B 209 mit der Eröffnung des Konkurses gegenüber dem Gemeinschulder der Zinsenlauf für alle Forderungen, mit Ausnahme der pfandversicherten, aufhört.

---

festgestellte Forderung geltend machen. Steht ihm aus der laufenden Versicherungsperiode ein Ersatzanspruch gegen den Versicherer zu, so kann er nach seiner Wahl entweder diesen Ersatzanspruch oder jene Forderung geltend machen. Ueberdies bleiben ihm Schadenersatzansprüche vorbehalten.»

[17]) Ebenso Jaeger, Art. 211, N. 2.

[18]) Vergl. aber OR 399, 442, Al. 2, betr. den Uebergang der durch den Mandatar, bezw. Kommissionär erworbenen Forderungsrechte und beweglichen Sachen.

[19]) Vergl. BE XXXI (2), 47; Kohler, Lehrbuch, S. 325, ff. Der letztere führt als Beispiele an künftig verfallende Mietzinsraten und Versicherungsprämien. Vergl. aber dazu oben Note 15, sowie Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag, Art. 55.

Nach der Konkurseröffnung verfallene Zinsansprüche für nicht pfandversicherte Forderungen können also weder im Konkurse eingegeben, noch auch gegenüber dem Gemeinschuldner selbst geltend gemacht werden.[20]) Die von dieser Regel für die pfandversicherten Forderungen gemachte Ausnahme rechtfertigt sich durch die Ueberlegung, dass für jene eben ein spezielles Exekutionsobjekt vorhanden ist, welches nach Massgabe des materiellen Rechtes von vornherein zur Deckung der Forderung samt den laufenden Zinsen bestimmt ist (ZGB 818, Ziff. 3, 891, Al. 2; vergl. § 39, III, Ziff. 2, lit. b hievor).[21])

Dem Grundsatze, dass die im Konkurs geltend zu machende Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung existent sein muss, ist dann genügt, wenn in jenem Zeitpunkt der Rechtsgrund der Forderung bereits vorhanden ist. Nicht notwendig ist dagegen, dass in diesem Moment nach den bestehenden materiellrechtlichen Verhältnissen die Forderung auch schon geltend gemacht werden könnte. Vielmehr schafft das Konkursrecht nach dieser Richtung hin folgende besondere Regelung:

a. Die Konkurseröffnung bewirkt gegenüber der Konkursmasse die Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners, mit Ausnahme derjenigen, die durch seine Grundstücke pfandrechtlich gedeckt sind. Der Gläubiger kann neben der Hauptforderung die Zinsen bis zum Eröffnungstage und die Betreibungskosten geltend machen (B 208, Al. 1, ZGBE 60).[22])

Die Ausnahme von der Fälligkeit, welche hinsichtlich der durch die Grundstücke des Gemeinschuldners pfand-

---

[20]) Dagegen gegenüber Mitschuldnern und Bürgen des Gemeinschuldners; vergl. A V, 11; Jaeger, Art. 209, N. 2; Reichel, Art. 209, N. 2.

[21]) Daraus folgt logischerweise, dass bei ungenügendem Erlös aus dem Pfandgegenstand der seit der Konkurseröffnung laufende Zins der Pfandforderung nicht gemäss B 219, Al. 4 in einer der fünf Klassen angewiesen werden kann. Ebenso Brüstlein, Anmerkung zu A II, 84; dagegen Jaeger, Art. 209, N. 5; vergl. auch Reichel, Art. 209, N. 5.

[22]) Ueber die ratio legis vergl. oben I.



rechtlich gedeckten Forderungen gemacht wird, bestand im bisherigen Rechte nicht. Sie rechtfertigt sich aber dadurch, dass nach der durch ZGBE 60 vorgesehenen neuen Fassung in B 135, Al. 1, 259 künftig die Liegenschaften des Gemeinschuldners mit allen darauf haftenden Belastungen (Dienstbarkeiten, Grundlasten, Grundpfandverschreibungen, Schuldbriefen und Gülten) versteigert werden, unter Ueberbindung der damit verbundenen persönlichen Schuldpflicht auf den Erwerber. Diese Ansprüche werden also streng genommen im Konkursverfahren selbst nicht endgültig liquidiert, weshalb nach der ratio legis auch die Herbeiführung einer vorzeitigen Fälligkeit nicht erforderlich ist.[23]) Haftet jedoch für eine persönliche Schuld des Gemeinschuldners ein Grundpfand, das einem Dritten gehört, so tritt nach der oben angeführten Regel die Fälligkeit gegenüber dem Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung ein.

Der durch B 208, Al. 1 vorgesehene Eintritt der Fälligkeit hat zur Folge, dass der Gläubiger seine Forderung im Konkurse geltend machen kann, ohne vorherige Vornahme einer gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Kündigung.[24])

Dagegen soll der Gläubiger aus dieser vorzeitigen Fälligkeit keinen pekuniären Vorteil ziehen, welcher nicht in der Natur der Sache begründet liegt. B 208, Al. 2 schreibt deshalb vor, dass von noch nicht verfallenen unverzinslichen Forderungen der Zwischenzins (Diskonto) zu fünf vom Hundert in Abzug gebracht wird.

b. Forderungen unter aufschiebender Be-

---

[23]) Dies befürwortete schon unter dem bisherigen Recht Jaeger, Art. 208, N. 5 für alle diejenigen Fälle, in welchen das kantonale Recht die Ueberbindung der Grundpfandforderung an den Steigerungserwerber vorschrieb.

[24]) Ebenso Reichel, Art. 208, N. 1; vergl. Kohler, Lehrbuch S. 134. Dies gilt jedoch nur gegenüber der Konkursmasse, nicht aber gegenüber Bürgen und Mitschuldnern des Gemeinschuldners oder gegenüber dem letztern selbst, sofern der Konkurs widerrufen wird. Ebensowenig kann die Fälligkeit gegenüber einem dritten Pfandeigentümer geltend gemacht werden.



dingung oder mit ungewisser Verfallzeit werden im Konkurse zum vollen Betrage zugelassen (B 210, Al. 1). Einzige Voraussetzung ist auch hier, dass der Schuldgrund vor der Konkurseröffnung entstanden ist.[25]) Unerheblich ist dagegen die grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Eintrittes einer vorhandenen Bedingung.[26])

Hieher gehören vor allem die durch Urteil oder Vertrag festgesetzten Alimentationsbeiträge und Rentenansprüche (vergl. oben Ziff. 1, lit. a). Für Leibrentenforderungen verweist B 210, Al. 2 ausdrücklich auf OR 522 (vergl. oben Ziff. 1, lit. b).

In allen diesen Fällen ist jedoch der Gläubiger selbstverständlich zum Bezuge des auf ihn entfallenden Anteils an der Konkursmasse nicht berechtigt, solange die Bedingung nicht erfüllt oder der Verfalltag nicht eingetreten ist (B 210, Al. 1). Bis zu diesem Zeitpunkte wird die betreffende Konkursdividende bei der Depositenanstalt hinterlegt (B 264, Al. 3; vergl. § 12, II, Ziff. 1 hievor). Tritt die Bedingung nicht ein, so wird das Betreffnis unter die übrigen Konkursgläubiger verteilt.[27])

c. Einen Spezialfall nicht fälliger Ansprüche bilden die Forderungen aus Bürgschaften des Gemeinschuldners. Diese können nämlich im Konkurse geltend gemacht werden, auch wenn sie noch nicht fällig sind (B 215, Al. 1).

---

[25]) Streitig ist die Frage, ob auch solche Forderungen hieher gehören, deren Entstehung von einem Tun des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung abhängig ist. Für unbedingte Verneinung Reichel, Art. 210. N. 2, während Jaeger, Art. 210, N. 2, die Zulassung der Forderung nur dann ausschliessen will, wenn das Tun des Gemeinschudners völlig in dessen Belieben gestellt ist.

[26]) Es kann also auch der noch nicht belangte Indossant eines vom Gemeinschuldner ausgestellten oder akzeptierten Wechsels im Konkurs seine eventuelle Regressforderung geltend machen; vergl. Jaeger, Art. 210, N. 2 und die dort zit. Literatur.

[27]) Reichel, Art. 210, N. 8 macht mit Recht auf die wenig praktische Gestaltung der Vorschrift in B 210, Al. 1 aufmerksam, welche die vollständige Durchführung des Konkurses endlos verzögern kann.

In Betracht kommt dabei jedes vom Gemeinschuldner für eine fremde Schuld nach Massgabe der zivilrechtlichen Bestimmungen gültig abgegebene Bürgschaftsversprechen (OR 489 ff).[28])

Hieher gehört also auch die Wechselbürgschaft gemäss OR 808, 809, sowie das Delcredereversprechen bei der Kommission (OR 438, Al. 2). Ein Unterschied zwischen Solidarbürgschaft und einfacher Bürgschaft wird nicht gemacht. Ebensowenig ist im erstern Fall die Fälligkeit der Hauptschuld, im letztern die Konkurseröffnung oder die erfolglose Betreibung gegenüber dem Hauptschuldner, bezw. dessen Belangbarkeit in der Schweiz (OR 493), oder endlich die geschehene Realisierung etwaiger für die Hauptschuld haftender Pfänder (OR 494) erforderlich. Immerhin sind diese Umstände insofern von Bedeutung, als beim Fehlen der genannten Bedingungen die Bürgschaftsforderung als betagt angesehen werden muss. Wird im Konkurse des Bürgen die noch nicht fällige Hauptschuld eingegeben, so wird gemäss B 208, Al. 2 der Zwischenzins abgezogen (vergl. oben lit. a).

Streitig ist dagegen die Frage, ob, wenn im Konkurse des einfachen Bürgen die Bürgschaftsforderung vor Eintritt der in OR 493, 494 vorgesehenen Bedingungen geltend gemacht wird, die Konkursdividende nach Massgabe der Vorschrift in B 210, Al. 1 erst nach dem Eintritt jener Bedingungen auszurichten ist, oder ob hier der Gesetzgeber eine von B 210 abweichende Regelung treffen wollte. Für die letztere Lösung spricht die Ueberlegung, dass andernfalls die spezielle Bestimmung in B 215, Al. 1 gar nicht nötig gewesen wäre, da eben der Gläubiger seine Rechte gemäss B 210, Al. 1 auch ohne eine solche genügend hätte wahren können. Ferner aber legt die in B 215, Al. 2 ausdrücklich anwendbar erklärte Vorschrift in OR 504 keinerlei Gewicht auf die Umstände, unter denen die Zahlung des Bürgen erfolgte, und endlich berechtigt auch B 218, Al. 2 zu dem

[28]) Jaeger, Art. 215, N. 1 setzt der Bürgschaft auch das Garantie- oder Schadlosversprechen gleich. Ebenso gehört hieher die Amtsbürgschaft und die Berufskaution.

oben gezogenen Schluss (vergl. unten Note 31).[29]) Beim Vorhandensein mehrerer Bürgen kann im Konkurs des einen die ganze Forderung geltend gemacht werden, da gemäss OR 496 jeder Bürge für den andern als Nachbürge haftet.[30])

Die Konkursmasse tritt für den von ihr bezahlten Betrag in die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner und den Mitbürgen ein (OR 504). Wenn jedoch auch über den Hauptschuldner oder einen Mitbürgen der Konkurs eröffnet wird, so finden B 216, 217 Anwendung (B 215, Al. 2; vergl. unten III, Ziff. 1 und 2).

d. Einen letzten Fall der Geltendmachung bedingter Ansprüche im Konkurs regelt B 218, Al. 2, welcher mit Bezug auf die Kollektivgesellschaft vorsieht, dass, wenn über einen Teilhaber, nicht aber gleichzeitig über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist, die Gesellschaftsgläubiger im Konkurse des Teilhabers ihre Forderung im vollen Betrage geltend machen können. Der Konkursmasse stehen die durch B 215 der Konkursmasse eines Bürgen gewährten Rückgriffsrechte zu.

Diese Bestimmung statuiert eine konkursrechtliche Ausnahme von der zivilrechtlichen Regel in OR 564, Al. 3, wo vorgeschrieben wird, dass der einzelne Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden kann, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist. Diese Ausnahme rechtfertigt sich von der Ueberlegung aus, dass eben der Gesellschaftsgläubiger, der im Konkurse des Teilhabers mit seiner Forderung gegen die Gesellschaft nicht zugelassen würde, im Falle eines späteren Gesellschaftskonkurses vom bereits falliten Teilhaber überhaupt keine Deckung mehr zu erwarten hätte. Infolgedessen wird auch in B 218, Al. 2 nicht — wie in B 210, Al. 1 — statuiert, dass der Gläubiger zum Bezuge des auf ihn entfallenden Konkursanteils nicht berechtigt sei, solange die Bedingung seiner Forde-

---

[29]) Ebenso Reichel, Art. 215, N. 2 und Martin, p. 214. Jaeger, Art. 215, N. 1 will der Konkursverwaltung freistellen, gemäss B 210 zu verfahren.

[30]) Ebenso Jaeger, Art. 215, N. 2.

rung nicht erfüllt, das heisst in casu die Gesellschaft ihrerseits nicht in Konkurs gefallen ist. Eine derartige Aufschiebung der Herausgabe der Konkursdividende ist auch gar nicht erforderlich, weil die Konkursmasse des Teilhabers gemäss B 218, Al. 2 für alle von ihr an die Gesellschaftsgläubiger bezahlten Beträge gegenüber der Gesellschaft selbst das gleiche Rückgriffsrecht hat, wie die Masse eines Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner für die auf Rechnung der Bürgschaftsschuld bezahlten Beträge.[31])

Trotz einer fehlenden ausdrücklichen Vorschrift in B 218, Al. 2 sind die hier aufgestellten Regeln mit Rücksicht auf die durchaus analogen rechtlichen Verhältnisse auch auf den Konkurs eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft anwendbar, wogegen ihre Anwendung auf den Konkurs eines persönlich haftenden Genossenschafters weder als praktisch erforderlich, noch auch als gesetzlich zulässig erscheint.[32])

III. Die Konkurrenz der Gläubigerbefriedigung aus verschiedenen Quellen.

Besondere Schwierigkeiten bietet die Art und Weise der Berücksichtigung einer Forderung im Konkurs, für welche der Gläubiger gleichzeitig auch von anderer Seite Befriedigung erlangt, bezw. erlangen kann. Und zwar bedarf hier namentlich das Mass der Berücksichtigung einer solchen Forderung im Konkurs der gesetzlichen Regelung. Die letztere wird aber im Gesetz nicht in Form einer allgemeinen Normierung, sondern durch Behandlung der wichtigsten in Betracht kommenden Einzelfälle vorgenommen.

1. Wenn über mehrere Mitverpflichtete gleichzeitig der Konkurs eröffnet worden ist, so kann der

---

[31]) Dies scheint mir auch ein weiteres Argument für die oben sub lit. c ausgesprochene Ansicht zu sein, dass B 215 nicht ein blosser Anwendungsfall der Regel in B 210 ist. Andernfalls müsste auch hier der Eintritt der Bedingung, d. h. des Gesellschaftskonkurses vor der Ausrichtung der Konkursdividende abgewartet werden, was ebenso unbillig wie unpraktisch wäre.

[32]) Ebenso Jaeger, Art. 218, N. 1.



Gläubiger in jedem Konkurse seine Forderung im vollen Betrage geltend machen (B 216, Al. 1).[33])

a. Die Voraussetzung dieses Falles ist zweifacher Natur:

aa. Einmal muss in privatrechtlicher Hinsicht gefordert werden, dass es sich um Mitverpflichtete handelt, von denen jeder für die ganze Schuld haftbar ist. Dies ergibt sich einerseits aus der Natur der Sache selbst, indem sonst einfach die Forderung in ihre einzelnen Teile zerfallen würde, so dass von einer Mitverpflichtung im konkursrechtlichen Sinne nicht mehr gesprochen werden könnte, weshalb auch eine Geltendmachung in verschiedenen Konkursen nicht verständlich wäre.[34]) Andererseits folgt dies auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift.[35]) In Betracht fallen also alle Solidarschuldverhältnisse gemäss OR 162 ff., mitinbegriffen die Wechselverbindlichlichkeiten mehrerer Aussteller, Indossanten, Akzeptanten und Wechselbürgen gemäss OR 808, 810, und ebenso die Solidarbürgschaft (OR 495).[36])

Bei gleichzeitigem Konkurs des Hauptschuldners und des einfachen Bürgen oder mehrerer einfacher Bürgen ergibt sich die nämliche Erscheinung, aber nicht als Resultat der oben zitierten Bestimmung in B 216, Al. 1, sondern

---

[33]) Ueber die Anwendung dieser Regel im Nachlassverfahren vergl. BE XXV (2), 115.

[34]) Ebenso Martin, p. 215. Deutlicher als B 216, Al. 1 bringt diesen Satz zum Ausdruck die obsolet gewordene Vorschrift in OR 167; ebenso deutsche KO § 68.

[35]) Die Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 hebt auf Seite 71 ausdrücklich hervor, dass in den entsprechenden Vorschriften des bundesrätlichen Entwurfes auf Grundlage und in Ergänzung des OR (Art. 167 und 810) diejenigen Verhältnisse behandelt werden, «die bei einer Mehrheit von Personen, welche solidarisch für dieselbe Leistung haften», im Konkursfalle entstehen; vergl. auch Reichel, Art. 216, N. 1.

[36]) Nicht hieher gehört — wie Reichel, Art. 216, N. 3 richtig betont — der Fall der durch mehrere Schuldner geschuldeten unteilbaren Leistung (OR 79), da sich dieselbe im Konkurs gemäss B 211, Al. 11 in eine Geldforderung von entsprechendem Wert umwandelt und dadurch teilbar wird (OR 80). A. M. Jaeger, Art. 216, N. 1.



derjenigen in B 215.[37]) Immer gehört hieher die Haftung mehrerer Erben für Erbschaftsschulden (ZGB 639).

bb. Betreibungsrechtliche Voraussetzung der Vorschrift in B 216, Al. 1 ist, dass über die mehreren Mitverpflichteten gleichzeitig der Konkurs eröffnet ist, dass also die beiden Konkursverfahren zu gleicher Zeit hängig sind. Eine gleichzeitige Eröffnung beider Konkurse ist dagegen nicht erforderlich.[38])

b. Die Wirkung des Vorhandenseins dieser Voraussetzungen besteht in der Möglichkeit einer Geltendmachung des vollen Forderungsbetrages in jedem einzelnen Konkurs. Die Pflicht des Gläubigers, die Forderung in den verschiedenen Konkursen einzugeben, bezw. seine Verantwortlichkeit aus der Unterlassung einer solchen Simultaneingabe, bestimmt sich nach den Vorschriften des Zivilrechtes (vergl. OR 168, Al. 4, 508, 510).[39])

Ergeben die Zuteilungen aus den verschiedenen Konkursmassen mehr als den Betrag der ganzen Forderung, so fällt der Ueberschuss nach Massgabe der unter den Mitverpflichteten bestehenden Rückgriffsrechte an die Massen zurück (B 216, Al. 2).

Diese ganze Regelung beruht auf der Ueberlegung, dass der Gläubiger in einem Konkurse naturgemäss niemals den vollen Betrag seiner Forderung, sondern immer nur die Konkursdividende erhält, so dass bei Anwendung eines andern Prinzips eine vollständige Deckung nicht erfolgen könnte. Der Gläubiger hat aber infolge der Solidarwirkung das Recht, von jedem Schuldner Erfüllung zu verlangen, bis er vollständig gedeckt ist. Er steht deshalb auch jeder Konkursmasse eines Mitverpflichteten als Gläubiger der ganzen Forderung gegenüber und kann dieselbe geltend machen.[40]) Allerdings darf er effektiv nicht mehr

---

[37]) Ebenso Jaeger, Art. 216, N. 2; Reichel, Art. 216. N. 3.

[38]) B 216, Al. 1 sagt deshalb absichtlich nicht «eröffnet wird», sondern «eröffnet» ist; vergl. Reichel, Art. 216, N. 4; Jaeger, Art. 216. N. 2. Ueber die analoge Anwendung der Regel auf den Nachlassvertrag vergl. BE XXV (2), 115.

[39]) Ebenso Reichel, Art. 216, N. 5.

[40]) In diesem Sinne auch Reichel, Art. 216, N. 2; vergl. dazu Kohler, Lehrbuch S. 359 ff.



erhalten als volle Deckung. Deshalb fällt ein Ueberschuss über diese hinaus an die Massen zurück, und diese haben gegen den Gläubiger gegebenen Falles eine Bereicherungsklage gemäss OR 70 ff. auf Herausgabe jenes Ueberschusses.[41]) Die Konkursverwaltungen in den verschiedenen Konkursen können sich aber auch schon vorher über die Auszahlung verständigen, so dass der Gläubiger a priori nicht mehr erhält, als ihm insgesamt zukommt.[42])

Der Anspruch der einzelnen Massen auf den Ueberschuss regelt sich nach dem Rückgriffsverhältnis, welches unter den verschiedenen Mitverpflichteten bestand. Dasselbe beurteilt sich nach den einschlägigen zivilrechtlichen Bestimmungen (OR 168).[43]) Immerhin stellt hiebei B 216, Al. 3 die modifizierende Vorschrift auf, dass, so lange der Gesamtbetrag der aus den verschiedenen Massen an den Gläubiger gemachten Zuteilungen den vollen Betrag der Forderung nicht erreicht, die Massen wegen der gemachten Teilzahlungen keinen Rückgriff gegeneinander haben.[44]) Die Regressforderung einer Masse gegen die andere ist immer eine Masseverbindlichkeit und wird deshalb im vollen Betrag angewiesen.[45]) An den Rückgriffsverhältnissen zwischen den einzelnen Konkursmassen und allfälligen nicht im Konkurs befindlichen Mitverpflichteten des Gemeinschuldners wird durch B 216, Al. 3 nichts geändert.

2. Eine besondere Regelung sieht B 217, Al. 1 für den Fall vor, dass der Gläubiger bereits von einem Mitverpflichteten des Gemeinschuldners für seine Forderung teilweise befriedigt worden ist. Dann wird nämlich gleichwohl im Konkurs des letztern die Forderung in ihrem vollen ursprünglichen Betrag aufgenommen, gleich-

[41]) Ebenso Reichel, Art. 216, N. 6.

[42]) Dies schlägt vor Jaeger, Art. 216, N. 5.

[43]) Vergl. auch Martin, p. 218; Jaeger, Art. 216, N. 4 und 6.

[44]) Dieser Grundsatz bestand schon vor Erlass des B im Wechselrecht (OR 810, Al. 2). Er wird nun einfach durch B 216, Al. 3 verallgemeinert; vergl. Reichel, Art. 216, N. 8.

[45]) Ebenso Reichel, Art. 216, N. 7.

viel, ob der Mitverpflichtete gegen den Gemeinschuldner rückgriffsberechtigt ist oder nicht.[46])

a. Die Voraussetzungen dieses Falles machen sich nach zwei Richtungen hin geltend:

aa. Der Natur der Sache nach kann es sich auch hier — wie gemäss B 216 — nur um Mitschuldverhältnisse handeln, aus welchen jeder Mitverpflichtete auf das Ganze belangt werden kann. Es kommen deshalb — wie dort — einzig Solidarschuldverhältnisse, sowie die Haftung mehrerer Mitbürgen in Betracht (vergl. oben Ziffer 1, lit. a, aa).[47])

bb. Von einem dieser Mitverpflichteten, welcher seinerseits nicht im Konkurs ist, muss der Gläubiger zur Zeit der Geltendmachung seiner Forderung bereits teilweise befriedigt worden sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Befriedigung vor oder nach der Konkurseröffnung erfolgte, sofern nur feststeht, dass der Gläubiger zur Zeit seiner Konkurseingabe teilweise gedeckt ist. Ebenso ist auch die Art und Weise der erfolgten Deckung unerheblich; sie kann stattgefunden haben durch Zahlung, Verrechnung, Novation, Erlass, Verjährung, Zwangsvollstreckung etc., sofern nur alle Mitverpflichteten von dem betreffenden Teil der Schuld liberiert wurden.[48])

b. Die konkursrechtliche Besonderheit des Falles beruht darin, dass trotz der teilweisen Deckung die Forderung im Konkurs des Mitschuldners zu ihrem vollen ursprünglichen Betrag aufgenommen wird. Der Gläubiger ist also für diesen ganzen Betrag im Konkurse anteilsberechtigt, ohne Rücksicht darauf, ob der bezahlende Mitverpflichtete seinerseits für einen Teil des Bezahlten im Konkurs eine Regressforderung eingeben könnte oder nicht.[49])

---

[46]) Lit. Götzinger, Zum Art. 217 des eidg. Betreibungs- und Konkursgesetzes; ZschwR, N. F., S. 35 ff.; vergl. auch Kohler, Lehrbuch, S. 354 ff., sowie die dort zit. Literatur. Ueber die Anwendbarkeit des Grundsatzes auf den Nachlassvertrag vergl. BE XXV (2), 115.

[47]) Ebenso Götzinger, S. 36 ff.; Jaeger, Art. 217, N. 2.

[48]) Vergl. Jaeger, Art. 217, N. 3; Götzinger, S. 38.

[49]) Die ratio legis dieser Vorschrift ist bestritten. Kohler,

c. Das Recht zur Eingabe der Forderung im Konkurs steht dem Gläubiger und dem Mitverpflichteten zu (B 217, Al. 2). Der letztere kann allerdings nur als Stellvertreter des Gläubigers eingeben, da die Befriedigung im Konkurse nur diesem zukommt und der Mitverpflichtete an derselben nur insoweit interessiert ist, als er dadurch seinerseits von einer weitern Haftung befreit wird.[50])

In der Konkurseingabe — gehe sie nun vom Gläubiger oder vom Mitverpflichteten aus — kann zwar die ganze Forderung geltend gemacht werden; es muss aber darin die erhaltene Teilzahlung erwähnt sein, weil dies zur Berechnung der Deckungsquote gemäss B 217, Al. 3, sowie zur Geltendmachung eines allfälligen Rückgriffsrechtes des Mitverpflichteten notwendig ist.

d. Die Behandlung der Forderung im Konkurs wird durch B 217, Al. 3 in der Weise normiert, dass der auf die Forderung entfallende Anteil an der Konkursmasse dem Gläubiger bis zu seiner vollständigen Befriedigung zukommt.[51]) Dabei muss aber alles, was der Gläubiger bereits vom Mitverpflichteten des Gemeinschuldners erhielt, in Berechnung gezogen werden.

Ein allfälliger Überschuss der Konkursdividende über die volle Deckung des Gläubigers hinaus wird in der

---

Lehrbuch, S. 354 findet ihren Grund darin, dass der Gläubiger entweder rechtlich oder doch faktisch gezwungen gewesen sei, eine Teilzahlung anzunehmen. Dagegen macht Götzinger, S. 43 ff. mit Recht darauf aufmerksam, dass durch die Vorschrift eher eine Begünstigung des Mitverpflichteten bezweckt und erreicht werde, indem er seinerseits durch diese Behandlung des Gläubigers einer Belangung für den Rest der Forderung entgehe.

[50]) Ebenso Götzinger S. 49, der aber m. E. zu weit geht, wenn er auch einen Mitverpflichteten des Gemeinschuldners, der noch gar nichts bezahlt hat, zur Eingabe berechtigt erklärt. Hier liegt eben der Fall gemäss B 217 nicht vor. Wie oben auch Jaeger, Art. 217, N. 10, Reichel, Art. 217, N. 6.

[51]) War also die Forderung pfandversichert, so wird der Gläubiger vorerst gemäss B 219, Al. 1 aus dem Pfand gedeckt und hierauf für den Rest der ganzen Forderung, also ohne Rücksicht auf die geschehene Teilzahlung, gemäss B 219, Al. 4 mit den übrigen Gläubigern angewiesen; vergl. Jaeger, Art. 217, N. 7; Götzinger, S. 51 ff.

Weise verwendet, dass daraus ein rückgriffsberechtigter Mitverpflichteter den Betrag, den er bei selbständiger Geltendmachung des Rückgriffsrechtes erhalten würde, bekommt. Der Rest verbleibt der Masse (B 217, Al. 3). Der Mitverpflichtete erhält also immer nur die Konkursdividende vom Betrag seines Rückgriffsrechtes gegenüber dem Gemeinschuldner. Dabei ist nach dem Wortlaut des Gesetzes anzunehmen, dass er diese Konkursdividende auch dann erhält, wenn er für seine Regressforderung keine besondere Konkurseingabe machte, sofern nur die Eingabe für die Hauptforderung, sei es durch ihn selbst, sei es durch den Gläubiger, erfolgte. Umgekehrt ist seine Regressforderung nur soweit zuzulassen, als die Zuteilung an den Gläubiger im Konkurs einen Überschuss über die volle Befriedigung des letztern hinaus ergibt.

Ob die Masse ihrerseits, sofern die Zuteilung an den Gläubiger grösser ist als der vom Mitverpflichteten bezahlte Betrag, ein Rückgriffsrecht gegenüber dem letztern besitzt, ist nach den Vorschriften des Zivilrechtes zu beurteilen.

3. Ein letzter Fall der konkurrierenden Befriedigung endlich ergibt sich, wenn über eine Kollektivgesellschaft und einen Teilhaber derselben gleichzeitig der Konkurs eröffnet ist. Hier können die Gesellschaftsgläubiger gemäss B 218, Al. 1 im Konkurse des Teilhabers nur den im Konkurse der Gesellschaft ungedeckt gebliebenen Rest ihrer Forderungen geltend machen.[52])

Die Vorschrift in B 218, Al. 1 ist die logische konkursrechtliche Folgerung aus dem zivilrechtlichen Grundsatz in OR 564, Al. 3, wonach der einzelne Kollektivgesellschafter für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden kann, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist. Dieses letztere wäre streng genommen erst dann der Fall, wenn der Gesellschaftskonkurs beendigt ist. In jenem Zeitpunkte aber wird die Forderung des Gesellschaftsgläubigers um denjenigen Be-

[52]) Diese Regel ist analog auch auf den Fall des gleichzeitigen Konkurses über eine Kommanditgesellschaft und einen unbeschränkt haftenden Teilhaber derselben anwendbar. Ebenso Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886, sowie Jaeger, Art. 218, N. 1.

trag vermindert sein, welchen er im Konkurse der Gesellschaft erhielt. Es ist deshalb selbstverständlich, dass er diesen Betrag im Konkurs des Teilhabers nicht mehr geltend machen, bezw. dafür kolloziert werden kann. Im übrigen sind aber die Eingaben in den beiden Konkursen völlig unabhängig voneinander. Das in einem Konkurs erwirkte Kollokationsurteil äussert deshalb im andern keine Rechtskraftswirkungen, und auch die Erhebung von Einreden kann in beiden Konkursen vollständig unabhängig voneinander erfolgen.[53])

Voraussetzung der Regel in B 218, Al. 1 ist, dass der Konkurs der Gesellschaft und des Teilhabers gleichzeitig durchgeführt wird, so dass die Eingaben in beiden Konkursen während der Pendenz der beiden Verfahren gemacht werden können.

Sind gleichzeitig mit der Kollektivgesellschaft mehrere Teilhaber derselben in Konkurs gefallen, so kann der im Gesellschaftskonkurs ungedeckt gebliebene Restbetrag in den Konkursen eines jeden der Teilhaber im vollen Betrage angemeldet werden. Es handelt sich eben hiebei um den gleichzeitigen Konkurs mehrerer solidarisch Mitverpflichteter, weshalb einfach die in B 216 aufgestellte Regel zur Anwendung kommt (B 218, Al. 1; vergl. oben Ziff. 1).

Ist der Gesellschaftsgläubiger für den im Gesellschaftskonkurs nicht gedeckten Rest seiner Forderung durch einen nicht im Konkurs befindlichen Gesellschafter teilweise befriedigt worden, so kann er jenen Rest trotzdem im vollen Umfang im Konkurse des Mitgesellschafters eingeben, und es findet einfach B 217, dessen Tatbestand hier erfüllt ist, Anwendung (B 218, Al. 1; vergl. oben Ziff. 2).

Über die Behandlung des Falles endlich, wo zwar nicht über die Kollektivgesellschaft, wohl aber über einen Teilhaber derselben der Konkurs eröffnet wird, vergl. oben II, Ziff. 2, lit. d.

IV. Die Masseverbindlichkeiten.

Während die Konkursforderungen als Passiven des Gemeinschuldners mit der Konkurseröffnung von diesem

[53]) Vergl. hierüber auch Jaeger, Art. 218, N. 5.

auf seine Konkursmasse übergehen, sind die Masseverbindlichkeiten solche Verpflichtungen, welche nicht in der Person des Gemeinschuldners entstanden sind, sondern nach der Konkurseröffnung gegenüber der Konkursmasse selbst zur Entstehung gelangen.

Ihrer Entstehungsweise nach unterscheiden wir zwei Arten von Masseverbindlichkeiten, nämlich die sog. Massekosten einerseits und die Masseschulden anderseits.

1. Die Massekosten sind diejenigen Auslagen, welche für die Eröffnung und Durchführung des Konkurses gemacht werden müssen (B 262, Al. 1). Dazu gehören die Kosten des Konkurserkenntnisses, diejenigen für die Feststellung der Konkursmasse und für ihre Verwaltung, sowie endlich diejenigen der Kollokation, der Verwertung und Verteilung.

Dabei kommen aber nur die Gebühren und Auslagen in Betracht, welche der Konkursmasse als solcher zur Last fallen, nicht diejenigen, welche dem einzelnen Konkursgläubiger aus seinen eigenen Vorkehren entstehen.[54]) Ebensowenig gehören hieher die ausserhalb des Konkursverfahrens entstandenen Kosten, mit Ausnahme der Prozesskosten, welche der Konkursmasse auferlegt werden.[55])

Betreffend die Deckung der Massekosten stellt B 262, Al. 1 den Grundsatz auf, dass sie aus dem Erlös der Masseaktiven vorab gedeckt werden. Erst nach ihrer Berichtigung findet deshalb die Ausrichtung einer Konkursdividende statt.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird in B 262, Al. 2 hinsichtlich des Erlöses von Pfandgegenständen gemacht. Auf diesen Erlös werden nämlich nur die Kosten ihrer Verwaltung und Verwertung verlegt. Dabei ist aber von Fall zu Fall zu prüfen, inwiefern das durchgeführte Verfahren zu dieser Verwaltung und Verwertung beitrug.[56])

Reicht der erzielte Erlös zur Deckung der Kosten

---

[54]) Ebenso Jaeger, Art. 262, N. 1.

[55]) Nicht hieher gehören also z. B. die Kosten einer dem Konkurs vorausgegangenen Erbschaftsliquidation; vergl. BE XXIV (2), 57, wo allerdings noch das kantonale Recht vorbehalten wird.

[56]) Niemals dürfen jedenfalls aus dem Pfanderlös die Unterhaltsbeiträge gedeckt werden, welche die Konkursverwaltung gemäss B 229, Al. 2 dem Gemeinschuldner gewährt; vergl. BE XXVI (1), 96.

überhaupt nicht aus, so sind die letztern durch den Staat zu übernehmen; immerhin erst dann, wenn auch kein Erlös aus Pfandgegenständen vorhanden ist. Das Kostenvorrecht der Pfandgläubiger gemäss B 262, Al. 2 besteht eben nur den übrigen Konkursgläubigern, nicht dem Staate gegenüber.[57])

Für gewisse Kostenbeträge haften aber auch bestimmte Konkursgläubiger. Einmal nämlich haftet der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren gestellt hat, gemäss B 169, Al. 1 für die Kosten bis zur ersten Gläubigerversammlung. Können diese Kosten daher nicht aus dem Erlös gedeckt werden, so ist der betreffende Gläubiger dafür in Anspruch zu nehmen, gleichviel ob er seinerzeit gemäss B 169, Al. 2 zur Leistung eines Kostenvorschusses angehalten worden war oder nicht. Für die gesamten Konkurskosten ist dagegen derjenige Gläubiger vorschusspflichtig, welcher gemäss B 230, Al. 2, 231, Al. 2 die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens verlangt hat (vergl. § 52 hienach).[58])

Die Feststellung der Massekosten ist in erster Linie Sache der Konkursverwaltung. Ihre einschlägigen Verfügungen können durch die Beteiligten auf dem Beschwerdewege angefochten werden. Entsteht jedoch Streit über die Frage, ob eine von einem Konkursgläubiger gemachte Ausgabe zu den Massekosten gehört und deshalb aus der Konkursmasse zu befriedigen ist oder nicht, so haben darüber die Zivilgerichte im ordentlichen Prozess zu entscheiden, da es sich hier um einen Forderungsstreit zwischen der Konkursmasse und dem betreffenden Gläubiger handelt.[59])

2. Masseschulden sind Verbindlichkeiten, welche durch die Konkursverwaltung für Rechnung der Konkursmasse gegenüber Dritten eingegangen werden und für welche deshalb der Aktivbestand der Masse haftet.[60])

---

[57]) Ebenso BE XXXIV (1), 29.

[58]) Mit Ausnahme der oben genannten Fälle dürfen die Kosten keinem Gläubiger auferlegt werden; vergl. Jaeger, Art. 262, N. 3; BE XXIV (1), 95.

[59]) Vergl. ein Beispiel in BE XXIX (1), 29.

[60]) Vergl. darüber namentlich die Ausführungen bei Hellmann, Lehrbuch, S. 193 ff. und die dort zitierte Literatur.

Hieher gehören vor allem diejenigen Forderungen dritter Personen, welche aus Massnahmen der Konkursverwaltung zum Zwecke der Feststellung, Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse entstehen: Honorare, Rechnungen für gemachte Leistungen, Prozesskosten etc. Die Deckung dieser Verbindlichkeiten wird bei der Verteilung des Konkurserlöses zu den Massekosten gemäss B 262 gerechnet (vergl. oben Ziff. 1).

Zu den Masseschulden gehören aber auch diejenigen Verbindlichkeiten, welche die Konkursmasse dadurch übernimmt, dass sie selbständig in ein vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung mit einem Dritten abgeschlossenes zweiseitiges Rechtsgeschäft eintritt (B 203, Al. 1, 211, Al. 2; vergl. oben II, Ziff. 1, lit. b).

Endlich gehören hieher Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche gegenüber der Konkursmasse, welche einerseits entstehen können aus schädigenden Handlungen der Konkursverwaltung, sofern die Konkursmasse dafür aufzukommen hat, und andererseits aus dem Rechte eines Dritten auf Aussonderung einer Geldsumme, z. B. eines von der Konkursverwaltung eingezogenen Kaufpreises gemäss B 202 (vergl. § 47, Ziff. 2, lit. b hievor) oder aber wegen Unmöglichkeit der Herausgabe eines Aussonderungsgegenstandes.

Da die Masseschulden direkte Verbindlichkeiten der Konkursmasse sind, so muss ihnen — wenn dies auch in B 262 nur für die Massekosten ausdrücklich gesagt wird — vorweg Befriedigung aus dem Ergebnis der Konkursverwertung zukommen. Und zwar haften hier alle Aktiven der Konkursmasse. Der durch B 262, Al. 2 gemachte Vorbehalt zu Gunsten der Pfandgegenstände gilt hier nicht, da gemäss B 197 auch die letztern zur Konkursmasse gehören, und die daran garantierten Vorzugsrechte nur gegenüber den übrigen Gläubigern des Gemeinschuldners wirksam sind, nicht aber gegenüber Dritten, deren Ansprüche sich direkt gegen die Konkursmasse richten. Dies ist die logische Konsequenz daraus, dass die Pfandrechte nach B weder einen Aussonderungs- noch auch einen Absonderungsanspruch begründen.

Dem Massegläubiger haftet aber für seine Konkursforderung immer nur die Konkursmasse als solche. Er kann sich also dafür niemals an die einzelnen Konkursgläubiger halten.[61]). Eine Ausnahme von diesem Satz ist nur für den Fall zu machen, dass die Konkursgläubiger aus der Konkursmasse Befriedigung erhielten, bevor die Massegläubiger gedeckt wurden. Dann sind die erstern auf Kosten der letztern bereichert und können von diesen mit der Bereicherungsklage belangt werden.[62])

Die Masseschulden sind aber auch nicht Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, da sie weder durch ihn, noch unter seiner Mitwirkung, noch auch zu seinem Vorteil kontrahiert wurden.[63]) Für nicht gedeckte Masseschulden wird daher kein Verlustschein ausgestellt (vergl. B 265, Al. 1).[64]) Wird der Konkurs aufgehoben, so haftet der Gemeinschuldner nur dann für Masseschulden, wenn er durch das betreffende Geschäft der Konkursverwaltung bereichert ist.[65]) Vor allem aber dürfen die Massegläubiger nicht etwa auf neu erworbenes Vermögen des Gemeinschuldners greifen.

Wird der Bestand oder die Höhe einer Masseschuld streitig, so entscheidet darüber der Richter.[66]) Beklagte ist im Prozesse immer die Masse als solche. Wird daher der Konkurs aufgehoben, so geht der Prozess nicht auf den Schuldner über. Die Masseschuld steht und fällt also in allen ihren Äusserungen mit dem Konkurse selbst.

---

[61]) Ebenso Jaeger, Art. 262, N. 3.

[62]) Ebenso Hellmann, Lehrbuch, S. 197.

[63]) Ebenso Hellmann, Lehrbuch, S. 197, im Gegensatz zu der herrschenden Meinung in der deutschen Doktrin.

[64]) Ebenso Jaeger, Art. 265, N. 3.

[65]) Die Konkurskosten werden vor der Rückstellung der Aktiven an den Schuldner gedeckt (vergl. § 46, II, Ziff. 4 hievor).

[66]) Ebenso BE XXIX (1), 29.

§ 49.

Die Reihenfolge der Gläubigerbefriedigung.

I. Uebersicht.

Der Konkurs als Generalexekution bezweckt die Vollstreckung der Konkurspassiven in die Konkursaktiven (vergl. § 41, I hievor). Die bestimmungsgemässe Verwendung der letztern liegt also — soweit sie nicht zur Deckung der Masseverbindlichkeiten zu dienen haben — in der Befriedigung der Konkursgläubiger.

Auf Deckung ihrer Forderungen aus der Konkursmasse haben aber nicht alle Konkursgläubiger den nämlichen Anspruch. Vielmehr gelten hier für gewisse Arten von Forderungen bestimmte Vorzugsrechte. Dieselben resultieren einesteils aus der zivilrechtlichen Beschaffenheit des betreffenden Forderungsanspruches, sind also materiellrechtlicher Natur; andernteils werden sie aus allgemein volkswirtschaftlichen Erwägungen heraus durch das Schuldbetreibungsrecht direkt geschaffen.

Auf rein zivilrechtlicher Grundlage beruht das Vorrecht des Pfandgläubigers, welches nichts anderes darstellt, als die konkursrechtliche Realisierung des zivilrechtlich errichteten Pfandrechtes. Während andere Konkursordnungen den Pfandgläubigern die Befugnis erteilen, eine ausserhalb des Konkursverfahrens vor sich gehende abgesonderte Befriedigung aus dem Pfand zu verlangen (sog. Absonderungsrecht), lässt B auch diejenigen Vermögensstücke des Gemeinschuldners, an denen Pfandrechte haften, zur Konkursmasse ziehen, jedoch unter Vorbehalt des den Pfandgläubigern gesicherten Vorzugsrechtes (B 198; vergl. § 47, IV, Ziff. 1 hievor).

Für die nicht pfandversicherten Forderungen stellt das Konkursrecht eine bestimmte Rangordnung der Befriedigung auf (sog. Konkursprivilegien). Dieselbe entspringt dem Grundgedanken, dass gewisse Forderungen eines besondern exekutorischen Schutzes bedürfen, sei es mit Rücksicht auf die Abhängigkeit des Gläubigers vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung, sei es mit Rück-

sicht auf die Notwendigkeit der Kontrahierung jener Schulden und das in dieser Beziehung erhöhte Kreditbedürfnis, sei es endlich direkt zum Zweck der Begünstigung bestimmter Gläubiger. Irgendwelche zivilrechtlichen Momente sprechen dabei nicht mit. Das moderne Konkursrecht, und namentlich das schweizerische, hat die Zahl der Konkursprivilegien, welche im gemeinen Recht eine sehr grosse war, bedeutend eingeschränkt.[1])

II. Die Befriedigung der Pfandgläubiger.[2])

Die Stellung des Pfandgläubigers im Konkurs charakterisiert sich dadurch, dass die Pfandforderung an sich als Konkursforderung behandelt wird, jedoch unter Wahrung des dinglichen Gläubigerrechtes an der Pfandsache. Diese Stellung äussert ihre Rechtswirkung nach zwei Richtungen hin: Einerseits geniesst der Pfandgläubiger ein Vorzugsrecht auf Befriedigung aus der Pfandsache; anderseits, d. h. soweit die Pfandgegenstände zu seiner Befriedigung nicht ausreichen und ihm nach Liquidation des Pfandrechtes noch eine persönliche Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner zusteht, hat er Anspruch auf Deckung aus der Konkursmasse wie jeder andere Konkursgläubiger.[3])

1. Die Voraussetzungen dieser privilegierten Behandlung machen sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

a. In materieller Hinsicht muss dem betreffenden Gläubiger ein Pfandrecht an einem zur Konkursmasse gehörenden Vermögensstück zustehen. Der Begriff des Pfand-

---

[1]) Vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 332 ff.; Hellmann, Lehrbuch, S. 221 ff.; Rintelen, Oesterr. Konkursrecht, S. 227 ff und die dort zit. Literatur.

[2]) Literatur: Krauss, Die Pfandgläubiger im Konkurs und Nachlassvertrag nach B; Diss. Basel, 1904; Heusler, Die Vorrechte im Konkurs, ZschwR XVI, S. 5 ff.

[3]) Ueber die Behandlung ausländischer Pfandgläubiger, bezw. derjenigen Gläubiger, denen ein im Ausland gelegenes Pfand haftet, vergl. § 42, II, Ziff. 2 hievor; dazu Perrier, Les droits préférentiels dans la faillite en droit international privé; diss. Lausanne 1906. p. 91 ss.

rechtes beurteilt sich dabei nach der allgemeinen Regel in B 37 (ZGBE 60); vergl. § 38, II, Ziff. 1 hievor.[4])

b. In betreibungsrechtlicher Beziehung ist regelmässig die Eingabe der pfandversicherten Forderung gemäss B 232 notwendig, sofern diese nicht im Grundbuch eingetragen ist. Andernfalls hat der Gläubiger in diesem Fall keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Pfanderlös oder gar aus dem übrigen Ergebnis der Konkursmasse (vergl. § 55, II, Ziff. 2 hienach).[5])

c. Eine besondere konkursrechtliche Stellung nimmt die pfandversicherte Forderung dann ein, wenn es sich um die Verpfändung einer dem Gemeinschuldner gehörenden Sache für die Schuld eines Dritten handelt. Dann kann zwar der Pfandgläubiger — trotz Fehlens einer speziellen Bestimmung im Gesetz — ebenfalls Befriedigung aus dem Pfand verlangen; jedoch ist er nicht Konkursgläubiger in dem Sinn, dass er für einen ungedeckt bleibenden Ueberschuss seiner Forderung aus den übrigen Masseaktiven gedeckt wird.

Analog ist auch die Stellung des Gläubigers aus Grundlast und Gült, welchem ebenfalls nur ein Anspruch auf das Liquidationsergebnis der ihm dinglich verhafteten Gegenstände zusteht (B 158, Al. 2, ZGBE 60; vergl. § 39, III, Ziff. 4, lit. c hievor).

2. Die konkursrechtliche Äusserung des Pfandrechtsprivileges besteht vor allem darin, dass die pfandversicherten Forderungen aus dem Ergebnis der Verwertung der Pfänder vorweg bezahlt werden (B 219, Al. 1).

Die Verwertung der Pfänder erfolgt gemeinsam mit derjenigen der übrigen Massegegenstände, und auch die Auszahlung des Pfanderlöses findet zusammen mit der Verteilung des Erlöses aus der Konkursmasse auf Grund des allgemeinen Kollokationsplanes gemäss B 247 statt. Über die Heranziehung des Pfanderlöses zur Deckung von Masseverbindlichkeiten vergl. § 48, IV hievor.

---

[4]) Die Feststellung der Existenz eines Pfandrechtes hat durch richterliches Urteil im Kollokationsprozess zu geschehen; vergl. A III. 84, IX, 38, sowie § 55, III, Ziff. 2 hienach.

[5]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 219, N. 1.

Hafteten mehrere Pfänder für die nämliche Forderung, so werden die daraus erlösten Beträge im Verhältnisse ihrer Höhe zur Deckung der Forderung verwendet (B 219, Al. 2). Es darf somit nicht etwa der Erlös aus einem der mehreren Pfänder ausschliesslich zur Deckung der betreffenden Pfandforderung verwendet werden, sondern es ist vom Erlöse jedes Gegenstandes ein dem Verhältnis seiner Höhe zum Betrag der Pfandforderung entsprechender Bruchteil zu verwenden. Dies ist von Wichtigkeit für den Fall, dass die betreffenden Pfänder für mehr als eine Forderung in verschiedenem Rangverhältnis haften.

Streitig könnte die Frage werden, ob diese verhältnismässige Inanspruchnahme des Erlöses aus mehreren Pfändern auch dann stattzufinden hat, wenn neben Vermögensstücken des Gemeinschuldners noch solche dritter Personen für die Forderung haften. Die Praxis hat dies richtigerweise verneint mit dem Hinweis darauf, dass es sich in B 219, Al. 2 nicht um ein allgemeines zivilrechtliches Prinzip, sondern lediglich um einen konkursrechtlichen Grundsatz betreffend die Aufstellung des Kollokationsplanes handle, dass aber der letztere nur die auf dem Vermögen des Gemeinschuldners haftenden und daraus zu deckenden Ansprüche zu berücksichtigen habe. Demnach kann hier der Pfandgläubiger volle Deckung aus dem zur Masse gehörenden Pfandgegenstand beanspruchen.[6])

3. Die Rangordnung der Pfandgläubiger, d. h. die Reihenfolge ihrer Befriedigung aus dem Pfanderlös, wird durch das Zivilrecht bestimmt. Deshalb richtete sich

---

[6]) Ebenso BE XXIX (1), 71. Für das künftige Recht hat freilich diese Streitfrage — wenigstens hinsichtlich des Grundpfandrechtes — keine grosse Bedeutung mehr, indem ZGB 798 bestimmt: «Auf mehrere Grundstücke kann für eine Forderung ein Grundpfandrecht errichtet werden, wenn sie dem nämlichen Eigentümer gehören oder im Eigentum solidarisch verpflichteter Schuldner stehen. In allen andern Fällen ist bei der Verpfändung mehrerer Grundstücke für die nämliche Forderung ein jedes von ihnen mit einem bestimmten Teilbetrag zu belasten. Die Belastung erfolgt, wenn es nicht anders vereinbart ist, nach dem Wertverhältnis der Grundstücke.»

bisher der Rang der Grundpfandgläubiger untereinander nach dem kantonalen Recht. Dieses bestimmte ferner, ob und inwieweit die Zinse einer grundversicherten Forderung Pfandrecht geniessen (B 219, Al. 3).[7])

Die neue, durch ZGBE 60 vorgesehene Redaktion in B 219, Al. 3, geht nun dahin, dass der Rang der Grundpfandgläubiger und der Umfang der pfandrechtlichen Sicherung für Zinse und andere Nebenforderungen sich nach den Vorschriften des ZGB über das Grundpfand bestimmt. Massgebend sind dabei die Vorschriften in ZGB 813 bis 815. Danach ist die pfandrechtliche Sicherheit auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung angegeben wird. Grundpfandrechte können in zweitem oder beliebigem Rang errichtet werden, sobald ein bestimmter Betrag als Vorgang bei der Eintragung vorbehalten wird. Sind Grundpfandrechte verschiedenen Ranges auf ein Grundstück errichtet, so hat bei Löschung eines Grundpfandes der nachfolgende Grundpfandgläubiger keinen Anspruch darauf, in die Lücke nachzurücken. An Stelle des getilgten vorgehenden Grundpfandes darf vielmehr ein anderes errichtet werden. Vereinbarungen über das Nachrücken von Grundpfandgläubigern haben nur dann dingliche Wirkung, wenn sie vorgemerkt sind. Ist ein Grundpfandrecht ohne Vorhandensein eines vorgehenden in einem spätern Range errichtet, hat der Schuldner über einen vorgehenden Pfandtitel nicht verfügt, oder beträgt die vorgehende Forderung weniger als eingetragen ist, so wird bei der Pfandverwertung der Erlös aus dem Pfande ohne Rücksicht auf die leeren Pfandstellen den wirklichen Pfandgläubigern nach ihrem Range zugewiesen. Das Pfandrecht erlischt für die Forderung und für jede Annuität nach Ablauf von drei Jahren seit Eintritt der Fälligkeit und es rücken die nachfolgenden Pfandgläubiger nach.

Beim Fahrnispfand wird der Rang der Pfandrechte durch die Zeit ihrer Errichtung bestimmt (ZGB 893, Al. 2).

---

[7]) Über die bisherigen kantonalen Bestimmungen vergl. die Zusammenstellung bei Reichel, Art. 219, N. 7; ferner Huber, Geschichte und System des schweiz. Privatrechts, III, S. 571 ff.

Hinsichtlich der Haftung des Pfandes für Zinse und Nebenforderungen vergl. § 39, III, Ziff. 2, lit. b hievor.

4. Der Überschuss der Pfandforderung über den durch das Pfand gedeckten Betrag hinaus wird als gewöhnliche Konkursforderung behandelt, sofern dem Gemeinschuldner gegenüber neben dem dinglichen Recht auch eine persönliche Forderung zusteht, was nicht der Fall ist bei Grundlast und Gült, sowie bei Verpfändung von Gegenständen des Gemeinschuldners für Schulden dritter Personen (vergl. oben Ziff. 1, lit. c).[8]) Der deckungsberechtigte Überschuss der Pfandforderung wird je nach seinem Rangverhältnis auf den Erlös der übrigen Konkursmasse angewiesen (B 219, Al. 4; vergl. unten III).[9])

Auf diese Anweisung hat der Pfandgläubiger ein Recht, ganz abgesehen von andern ihm noch zu Gebote stehenden Deckungsmöglichkeiten. Wenn also für eine Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner ein Pfand haftet, welches einem Dritten gehört oder welches, weil im Ausland gelegen, nicht zur Konkursmasse gezogen werden kann, so darf dem Gläubiger eine Befriedigung aus der Konkursmasse nicht etwa insoweit verweigert werden, als er sich aus jenen Pfändern hätte decken können (vergl. auch oben Ziff. 2).[10])

III. Die Befriedigung der nichtpfandversicherten Forderungen.

Zur Bestimmung der Reihenfolge ihrer Befriedigung werden die Konkursforderungen, soweit ihre Deckung nicht aus dem Verwertungsergebnis bestimmter Pfandgegenstände zu erfolgen hat, in fünf Klassen eingeteilt.[11]) Diese Klassifizierung hat den Sinn einer Privilegierung gewisser Konkursforderungen vor andern in der Weise, dass die Gläu-

---

[8]) Ebenso BE XXV (2), 112. Ist ein Grundpfandtitel als Faustpfand verpfändet, so kann der Faustpfandgläubiger für einen allfälligen Ueberschuss nicht Anweisung verlangen. Ebenso Jaeger, Art. 219, N. 8.

[9]) Vergl. auch BE XXXIII (1), 139.

[10]) Ebenso BE XXX (1), 20, XXXIII (2), 97; A VIII, 51.

[11]) Über das Zustandekommen dieser Bestimmungen im geltenden Recht vergl. Reichel, Art. 219, N. 4.

biger einer nachfolgenden Klasse erst dann Anspruch auf den Erlös haben, wenn die Gläubiger der vorhergehenden Klasse befriedigt sind (B 220, Al. 2). Wir unterscheiden demnach vier privilegierte Klassen, sowie die Klasse der nichtprivilegierten Forderungen oder sog. Kurrentforderungen.

Privilegiert ist dabei regelmässig der betreffende Anspruch als solcher und nicht etwa ein bestimmter Gläubiger (vergl. den Wortlaut in B 219, Al. 5 ff.). Wenn daher eine solche Forderung von ihrem ursprünglichen Gläubiger zediert wird, so behält sie regelmässig ihren Rang im Konkurse bei, auch wenn der neue Erwerber einen derartigen Anspruch gegenüber dem Gemeinschuldner an sich nicht erwerben könnte. Notwendig ist nur das Vorhandensein des vom Gesetzgeber verlangten Entstehungsgrundes.[12]) Eine Ausnahmestellung nimmt jedoch in dieser Beziehung das Frauengutsprivileg (vierte Klasse) ein (vergl. unten, Ziff. 4, lit. d).

Innerhalb der nämlichen Klasse gibt es keinerlei Abstufungen. Die Gläubiger der nämlichen Klasse haben vielmehr unter sich gleiches Recht (B 220, Al. 1).

1. Die erste Klasse umfasst zwei Gruppen durchaus verschiedenartiger Konkursforderungen, nämlich einerseits gewisse Lohnansprüche, anderseits die Beerdigungskosten.

a. Das Lohnprivileg besteht, wie der Wortlaut des Gesetzes beweist, nur für eigentliche Lohnansprüche, d. h. hinsichtlich des Entgeltes für geleistete Dienste. Irgendwelche andere Forderungen des Dienstnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber, wie namentlich Entschädigungsansprüche, Rückforderung geleisteter Kautionen etc., gehören nicht hierher.[13]) Dagegen ist unerheblich, ob das betreffende Entgelt in bar oder in natura auszurichten ist, und ebenso, ob es einen eigentlichen Gehalt oder aber eine bloss

---

[12]) Ebenso Reichel, Art. 219, N. 11; Kohler, Lehrbuch, S. 333.

[13]) So richtig Jaeger, Art. 219, N. 12; Reichel, Art. 219, N. 12. Kohler, Lehrbuch, S. 335 will dem Lohn eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung gleichstellen.



akzessorische Leistung, wie Tantième, Dienstprämie etc. darstellt.[14])

Das Privileg ist in der Weise zeitlich beschränkt, dass nur der für einen bestimmten Zeitraum vor der Konkurseröffnung geschuldete Lohn in der ersten Klasse kolloziert wird. Und zwar ist dieser Zeitraum für die verschiedenen Lohnkategorien verschieden bemessen, mit Rücksicht auf die in den betreffenden Dienst- und Arbeitsverhältnissen üblichen Auszahlungs- und Kündigungsfristen. Ob aber in dem speziellen Fall tatsächlich ein anderer Auszahlungsmodus verabredet war, ist belanglos; wenn nur der geforderte Geldbetrag den Lohn für den im Gesetz genannten Zeitraum darstellt.[15]) Umgekehrt kann der gesetzlich fixierte Zeitraum unter keinen Umständen verlängert werden, also auch nicht bei Verzug des Lohnschuldners, bezw. bei angehobener Betreibung oder Klage, da es hier lediglich auf die Entstehungszeit der Forderung ankommt.[16])

Das Gesetz unterscheidet drei verschiedene Kategorien der Zeitbemessung. Privilegiert sind:

aa. Die Lohnbeträge der Dienstboten für das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung (B 219, Al. 5, lit. a). Unter Dienstboten sind alle Bediensteten des Gemeinschuldners zu verstehen, welche zur Verrichtung körperlicher Arbeit anders als auf Tag- oder Wochenlohn angestellt sind. Hierher gehören also neben eigentlichen Knechten und Mägden für Haus- und Landwirtschaft auch Gärtner, Bediente, Kutscher, Chauffeurs, Kellner etc Dies ergibt sich argumento e contrario aus dem Wortlaut in B 219, Al. 5, lit. b und c.[17]) Der privilegierte Lohnzeitraum ist

[14]) Ebenso Reichel, Art. 219, N. 12; SchwJZ III, 260 (Solothurn).

[15]) Damit ist aber auch gesagt, dass, wenn der Bedienstete dem Dienstherrn den verfallenen Lohn in Darlehensabsicht ausdrücklich kreditierte, das Privileg nicht mehr besteht, da hier nicht eine Lohnsumme, sondern eine Darlehenssumme gefordert wird; ebenso Jaeger, Art. 219, N. 13.

[16]) Unentschieden Jaeger, Art. 219, N. 14.

[17]) Vergl. auch SchwJZ III, 103 (Waadt). A. M. Jaeger, Art. 219, N. 15, der die meisten dieser Personen in die Rubrik der Kommis gemäss B 219, Al. 5, lit. b einreihen will.

für die Dienstboten am längsten bemessen mit Rücksicht auf die — wenigstens früher — übliche Auszahlung auf Neujahr.

bb. Die Besoldungen der Kommis und Bureauangestellten sind privilegiert für das letzte Halbjahr vor der Konkurseröffnung (B 219, Al. 5, lit. b). Der Gegensatz zu der Vorschrift in B 219, Al. 5, lit. a (Dienstbotenprivileg) einerseits und derjenigen in B 219, Al. 5, lit. c (Arbeiterprivileg) anderseits scheint darauf hinzuweisen, dass in die vorliegende Kategorie alle Privatangestellten gehören, welche zu nicht manueller Arbeit anders als auf Tag- oder Wochenlohn angestellt sind, ohne Rücksicht auf Rang und Stellung, die sie im Geschäft einnehmen. Hieher gehören also auch die Direktoren und Prokuristen;[18]) dagegen nicht Mitglieder von Verwaltungsräten und Kontrollbehörden, Agenten etc., welche eben nicht in einem eigentlichen Dienstvertragsverhältnis zur Unternehmung stehen.[19])

cc. Die Lohnbeträge der auf Tag- oder Stücklohn gedungenen Arbeiter, der Fabrikarbeiter und anderer auf Tag- oder Wochenlohn gedungener Personen sind privilegiert für das letzte Vierteljahr vor der Konkurseröffnung (B 219, Al. 5, lit. c). Damit also dieses Privileg gegeben ist, muss die betreffende Person gedungen sein, d. h. in einem dienstvertraglichen Verhältnis zum Lohnschuldner stehen. Forderungen aus Werkvertrag gehören nicht hieher. Dagegen kann die Grenze zwischen Dienstvertragsverhältnis und Werkvertrag im einzelnen Fall eine sehr verschwommene sein, und es darf bei ihrer Bestimmung nicht lediglich auf äussere Merkmale, wie z. B. auf die Frage, ob die Arbeit beim Arbeitgeber oder als Heimarbeit ausgeführt wurde, ob der Arbeiter mit eigenem Werkzeug arbeitet, gewisse Zutaten liefert etc., abgestellt werden.[20])

---

[18]) A. M. Jaeger, Art. 219, N. 15.

[19]) Vergl. auch Hellmann, Lehrbuch. S. 222, N. 4 und 223, N. 2.

[20]) In Theorie und Praxis wurde die Frage namentlich kontrovers mit Bezug auf die Heimarbeiter der Stickerei- und Uhrenmacherbranche. Die herrschende Meinung betrachtet solche Heim-

b. Neben den Lohnansprüchen sind in erster Klasse auch privilegiert die Beerdigungskosten (B 219, Al. 5, lit. d), d. h. die Forderungen für Einsargung, Transport und Bestattung einer Leiche, für welche der Gemeinschuldner oder sein Nachlass aufzukommen hat.[21])

2. Die zweite Klasse umfasst ebenfalls zwei Gruppen heterogener Fälle, nämlich einesteils die sog. Mündelforderungen, andernteils die Forderungen von Arbeiterkassen gegenüber dem Arbeitgeber.

a. Hinsichtlich der Mündelforderungen kommen zwei verschiedene Arten von Tatbeständen in Betracht:

aa. Die Forderungen von Personen, deren Vermögen kraft Vormundschaft oder elterlicher Gewalt dem Gemeinschuldner anvertraut war, für alles, was derselbe ihnen in dieser Eigenschaft schuldig geworden ist (B 219, Al. 6, lit. a, Abs. 1).[22]) Die Forderung muss also während der Dauer eines vormundschaftlichen oder elterlichen Ge-

---

arbeiter (Einzelsticker, Repasseurs etc.) regelmässig als im Werkvertrag arbeitend und deshalb des Privilegs nicht teilhaftig; vergl. A II, 5 (Bern), II, 6 (Appenzell); Rossel, Journal des Tribunaux 1892, p. 401; Zeerleder in A II, 6. Dagegen will Brüstlein in A II, 7 das Privileg auch beim Vorhandensein eines Werkvertrages eintreten lassen, sofern sich der Gläubiger seinem Berufe nach als «Arbeiter» qualifiziert, d. h. sein Anspruch im wesentlichen den Gegenwert für von ihm und seinen nächsten Familienangehörigen geleistete Arbeit bildet, und Zeitlohn oder Stücklohn ausbedungen ist. Jaeger, Art. 12, 19, N. 17 endlich will unter Umständen den Lohn des Heimarbeiters ohne Vorhandensein eines eigentlichen Dienstvertrages privilegieren, sofern der Arbeiter seine Arbeitskraft ausschliesslich in den Dienst eines bestimmten Arbeitgebers stellt.

[21]) Nicht hieher gehören — wie Reichel, Art. 219, N. 12 richtig hervorhebt — die Kosten eines Leichenschmauses oder eines Grabmals. Dagegen kommt es bei den eigentlichen Beerdigungskosten auf ihr Verhältnis zur Vermögenslage des Gemeinschuldners nicht an.

[22]) Dieses Privileg wird nun auch durch das materielle Recht in ZGB 301, 456 garantiert. Es bezieht sich immer nur auf die Vormundschaft im privatrechtlichen Sinn, niemals auf die sog. Bevogtung einer Gemeinde, d. h. die Einschränkung ihrer vermögensrechtlichen Autonomie durch eine kommissarische Verwaltung; vergl. A X, 55 (Bern).

waltsverhältnisses des Gemeinschuldners entstanden sein, wie dasselbe im bisherigen kantonalen Recht, bezw. nun in ZGB 273 ff., 360 ff. geordnet ist.[23]) Forderungen mündiger Kinder an ihre Eltern, mit welchen sie in gemeinsamem Haushalte leben, sind niemals privilegiert, auch wenn dafür gemäss ZGB 334, Al. 1 die privilegierte Anschlusspfändung vorgesehen ist (vergl. § 33, III, Ziff. 2, lit. b hievor).

Die Forderung muss aus einer dem Gemeinschuldner zustehenden Vermögensverwaltung herrühren. Nicht hieher gehören also andere Ansprüche der Gewaltuntergebenen, z. B. Schadenersatzforderungen wegen Körperverletzung, Ehrverletzung, Vernachlässigung der Pflichten hinsichtlich der Fürsorge für die Person des Gewaltuntergebenen, und zwar auch dann, wenn der Gemeinschuldner dafür kraft Vormundschaftsrechtes (ZGB 426 ff.) verantwortlich ist.

Endlich muss auch ein Kausalzusammenhang zwischen der elterlichen, bezw. vormundschaftlichen Gewalt und der Vermögensverwaltung bestehen. Das Vermögen muss dem Gemeinschuldner kraft seiner vormundschaftlichen oder elterlichen Eigenschaft von Gesetzes wegen anvertraut sein. Nicht hieher gehören also Forderungen aus Rechtsgeschäften zwischen Eltern, bezw. Vormündern und Kindern, bezw. Mündeln. Dagegen ist es gleichgültig, ob die Forderung auf Herausgabe des Vermögens oder auf Schadenersatz wegen Veruntreuung, Verderbs, Verlustes oder schlechter Verwaltung gerichtet ist. Selbstverständlich ist aber dabei, dass B 219 ein allfälliges Aussonderungsrecht hinsichtlich noch vorhandener Vermögensstücke nicht beeinträchtigt (vergl. § 47, V hievor).[24])

Diese Privilegierung ist übrigens in der Weise zeit-

---

[23]) Dies setzt speziell beim Vormund voraus, dass er seine Funktionen kraft rechtsgültiger Einsetzung ausübt; vergl. BE XXX (2), 20. Über besondere Fälle des bisherigen kantonalen Rechts vergl. BE XXXII (2), 22; SchwJZ III, 10.

[24]) Ebenso Jaeger, Art. 219, N. 20, Reichel, Art. 219, N. 13. Eine Konkursforderung entsteht in solchen Fällen natürlich nur insoweit, als nicht ein Aussonderungsanspruch mit Erfolg gemacht werden kann.



lich beschränkt, dass das Vorzugsrecht nur dann gilt, wenn der Konkurs während der Dauer der vormundschaftlichen oder elterlichen Verwaltung oder innerhalb Jahresfrist nach deren Beendigung eröffnet worden ist. Die Dauer eines Prozess- oder Betreibungsverfahrens fällt dabei nicht in Betracht (B 219, Al. 6, lit. a, 2. Absatz). Bricht also der Konkurs erst nach Ablauf eines Jahres seit der Beendigung des Verhältnisses aus, wurde aber während der Jahresfrist die Forderung auf dem Prozess- oder Betreibungsweg geltend gemacht, so genügt es, wenn der Zeitraum zwischen der Beendigung des Gewaltverhältnisses und des Konkursausbruches, abzüglich der Dauer des durchgeführten Prozess- oder Betreibungsverfahrens, nicht mehr als ein Jahr beträgt. Als beendigt ist das Gewaltsverhältnis dann zu betrachten, wenn die vom Gesetz zu seinem Abschlusse vorgesehenen Massnahmen getroffen sind.

bb. Dem, was der Gemeinschuldner als Vormund oder Inhaber der elterlichen Gewalt schuldet, ist mit Bezug auf das Mündelprivileg gleichgestellt, jedoch ohne die soeben genannte zeitliche Einschränkung, was er als Mitglied einer vormundschaftlichen Behörde (ZGB 426—430) schuldig geworden ist (B 219, Al. 6, lit. a, Absatz 3, ZGBE 60). Diese durch ZGBE 60 getroffene Erweiterung des Mündelprivilegs stellt nur die logische Schlussfolgerung daraus dar, dass in ZGB 426 die Verantwortlichkeit der Mitglieder einer Vormundschaftsbehörde gemeinsam und durchaus gleichartig mit derjenigen des Vormundes selbst geregelt ist. Ferner aber ergibt sich daraus, dass der sachliche Umfang dieses Privilegs — trotz der etwas unklaren Fassung in ZGBE 60 — der nämliche sein muss, wie derjenige des schon bisher vorgesehenen. Das Vorzugsrecht besteht also nur für Forderungen, welche gegenüber den Mitgliedern der Vormundschaftsbehörde gestützt auf die ihnen obliegende Wahrung der vermögensrechtlichen Interessen des Mündels erhoben werden.[25])

b. Die Forderungen der Arbeiterkassen gegen-

[25]) Für die Bestimmung des subjektiven Umfanges dieser Forderungen sind die Vorschriften in ZGB 428, 429 massgebend.

über dem Arbeitgeber, welche gemäss B 219, Al. 6, lit. b ebenfalls in der zweiten Klasse privilegiert sind, umfassen die Ansprüche der in einem gewerblichen Betrieb zugunsten der Arbeiter bestehenden Institutionen (Hilfs-, Kranken- und Unfallskassen etc.) gegenüber dem Inhaber des Betriebes, gleichgültig ob diese Ansprüche durch Gesetz oder durch vertragliche Abmachung begründet sind. Voraussetzung ist dabei, dass die Kasse als selbständige Institution dem Arbeitgeber gegenübersteht.[26])

3. Die dritte Klasse wird gebildet durch die Forderungen der staatlich anerkannten Ärzte, der Apotheker und Hebammen, sowie sonstige Forderungen wegen Pflege und Wartung des Gemeinschuldners und seiner Hausgenossen für das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung (B 219, Al. 7).[27]) Es handelt sich dabei um alle Ansprüche aus Krankenpflege des Gemeinschuldners und derjenigen Personen, für deren Verpflegung in Krankheitsfällen er aufzukommen hat (vergl. OR, 341, Al. 2), sei es dass es sich um eine vollständige Verpflegung in Spitälern, Kliniken, Irrenhäusern etc. oder um blosse Einzeldienste des Medizinal- bezw. Pflegepersonals, bezw. um Lieferung von Medikamenten handelt.[28]) Die Rechtfertigung dieses Privilegs liegt in dem durch die Rechtsordnung — wenigstens den staatlich anerkannten Medizinalpersonen gegenüber — ausgeübten Zwang zur Gewährung von Krankenhilfe.[29])

---

[26]) In diesem Sinne auch Reichel, Art. 219, N. 13; Jaeger, Art. 219, N. 29; vergl. das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1878 betr. die Sicherstellung der Kranken-, Unterstützungs-, Pensions-, Depositen- und Ersparniskassen der Eisenbahnangestellten, sowie der von letztern geleisteten Kautionen; ferner Bundesgesetz vom 28. Juni 1889 betr. die Hilfskassen der Eisenbahngesellschaften.

[27]) Den Ärzten sind die staatlich approbierten Zahnärzte gleichzustellen (vergl. Jaeger, Art. 219, N. 30), dagegen — wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes («Pflege des Gemeinschuldners und seiner Hausgenossen») ergibt — nicht die Tierärzte. A. M. Reichel, Art. 219, N. 14. Richtig Hotz in A IV, 124.

[28]) Vergl. Jaeger, Art. 219, N. 31.

[29]) Vergl. BE XXX (2), 20.

4. Die vierte Klasse schliesst das sog. Frauengutsprivileg in sich.[30]) Dasselbe ist in seiner Ausgestaltung durchaus von dem System des positiven ehelichen Güterrechtes abhängig. Die bisherige Ordnung des Privilegs musste deshalb auf die kantonale Gesetzgebung abstellen, und B 219. Al. 8 bezeichnete als in die vierte Klasse gehörend «den nach dem kantonalen Rechte privilegierten Teil der Forderung der Ehefrau des Gemeinschuldners für ihr zugebrachtes Frauengut (in die Ehe gebrachtes oder während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung von Seite dritter Personen erworbenes Vermögen), soweit dasselbe kraft gesetzlich anerkannten Güterrechts im Eigentum oder in der Verwaltung des Ehemanns sich befindet».[31])

Die einheitliche Regelung des ehelichen Güterrechtes im ZGB macht nun ein derartiges Abstellen auf das kantonale Recht überflüssig, und die durch ZGBE 60 vorgesehene neue Redaktion der Vorschrift in B 219. Al. 8 verweist daher in die vierte Klasse die Hälfte der Forderung der Ehefrau des Gemeinschuldners für ihr nicht mehr vorhandenes eingebrachtes, den Bestimmungen der Güterverbindung oder der Gütergemeinschaft unterstelltes Frauengut, soweit die Ehefrau nicht durch die Rücknahme der noch vorhandenen Vermögenswerte und durch die ihr gegebenen Sicherheiten für die Hälfte ihres eingebrachten Frauengutes bereits gedeckt ist,

---

[30]) Lit.: Heusler, Das Weibergutsprivileg und das schweiz. Konkursgesetz, ZschwR, N. F., I, S. 17 ff.; Bosshardt, Das Frauengut im Konkurs des Ehemanns nach schweiz. Recht; Diss. Zürich, 1896; Rambert, Les droits de la femme dans la faillite du mari ou en cas de poursuite dirigée contre lui par voie de saisie, Diss. Lausanne, 1896.

[31]) Es stand also nach bisherigem Recht der kantonalen Gesetzgebung frei, ein Frauengutsprivileg vorzusehen oder nicht; vergl. Jaeger, Art. 219, N. 32; Bosshardt, S. 60; Reichel, Art. 219, N. 15, wo auch eine Zusammenstellung der kantonalen Bestimmungen gegeben wird; BE XXVII (2), 72. Kein Privileg gewährten Genf und Tessin.

a. Die zivilrechtliche Voraussetzung des Frauengutsprivilegs besteht also darin, dass zwischen dem Gemeinschuldner und seiner Ehefrau zur Zeit der Konkurseröffnung Güterverbindung (ZGB 194 ff.) oder Gütergemeinschaft (ZGB 215 ff.) besteht. In beiden Fällen wird das Konkursprivileg bereits durch das materielle Recht vorbehalten (ZGB 211, 224). Es ist die logische Folge der dem Ehemann durch die beiden Güterrechtssysteme gesetzlich eingeräumten Gewalt über das Frauenvermögen. Es wird deshalb nicht gegeben beim System der Gütertrennung. Nach der ausdrücklichen Vorschrift in ZGB 244, Al. 1 hat vielmehr hier die Ehefrau im Konkurse des Ehemanns auch dann, wenn sie ihm ihr Vermögen zur Verwaltung übergeben hat, kein Vorzugsrecht.[32]) Vorbehalten bleiben jedoch gemäss ZGB 244, Al. 2 die Bestimmungen über die Ehesteuer, d. h. denjenigen Betrag des Frauengutes, welchen die Ehefrau dem Ehemann durch Ehevertrag zur Tragung der ehelichen Lasten zuweist. Was nämlich die Ehefrau derart dem Ehemanne überlässt, steht, wenn es nicht anders vereinbart worden ist, unter den Regeln der Güterverbindung (ZGB 247), und es geniesst also die Frau für die Ehesteuer ebenfalls das Konkursprivileg.[33])

b. Das Substrat des Privilegs wird gebildet durch das von der Ehefrau eingebrachte, den Bestimmungen

---

[32]) Vergl. mit Bezug auf den bisherigen Rechtszustand, für welchen der Grundsatz ebenfalls galt, Reichel, Art. 219, N. 15; Bosshardt, S. 82 ff.; Rambert, S. 171 ff. Ist infolge Konkurses des Ehemanns gemäss ZGB 182 zwischen den Ehegatten Gütertrennung eingetreten und nicht etwa nachträglich gemäss ZGB 187, Al. 2 aufgehoben worden, so hat die Ehefrau in einem zweiten Konkurs des Ehemannes kein Privileg mehr, auch wenn sie im ersten Konkurs für ihre privilegierte Hälfte nicht voll gedeckt wurde. Ihr Frauengut ist eben zur Zeit des zweiten Konkurses nicht mehr den Bestimmungen der Güterverbindung oder der Gütergemeinschaft unterstellt. Ebenso Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB, Gesamtausgabe, S. 191; gleich für das bisherige Recht Jaeger, Art. 219, N. 35; a. M. Reichel, Art. 219, N. 15; Bosshardt, S. 86 ff.; A XII, 36 (Bern).

[33]) Vergl. Huber, Erläuterungen, Gesamtausgabe, S. 216.

der Güterverbindung oder der Gütergemeinschaft unterstellte Frauengut. Soweit also das Frauenvermögen gemäss gesetzlicher Vorschrift oder Ehevertrages jenen Bestimmungen nicht unterstellt ist, geniesst es kein Privileg. Dies betrifft vor allem das Sondergut der Ehefrau gemäss ZGB 190 ff. und sodann — speziell bei der beschränkten Gütergemeinschaft — die durch Ehevertrag von der Gemeinschaft ausgeschlossenen und nicht etwa der Güterverbindung unterstellten Vermögenswerte (ZGB 237—240).[34])

c. Der sachliche Umfang des Privilegs bezieht sich auf die Hälfte des nicht mehr vorhandenen Frauengutes, soweit die Ehefrau nicht durch die Rücknahme der noch vorhandenen Vermögenswerte und durch die ihr gegebenen Sicherheiten für diese Hälfte gedeckt ist.[35]) Eine Rücknahme eingebrachter Vermögenswerte durch die Ehefrau wird im materiellen Recht nur bei der Güterverbindung vorgesehen (ZGB 211). Ebenso kann auch nur hier die Ehefrau vom Ehemann Sicherstellung ihres eingebrachten Gutes verlangen (ZGB 205, Al. 1). Der Berechnungsmodus für den Umfang des Privilegs im Falle einer Zurücknahme oder des Vorhandenseins von Sicherheiten wird in ZGB 211, Al. 1 durch die Bestimmung umschrieben: «Wird die Ehefrau durch die Zurücknahme ihres Eigentums und die ihr gegebenen Sicherheiten nicht für die Hälfte des einge-

[34]) Die bisherige Fassung im B 219, Al. 8 war mangels eines einheitlichen Güterrechtes gezwungen, das Substrat des Privilegs detailliert zu umschreiben; vergl den oben wiedergegebenen Wortlaut, sowie Jaeger, Art. 219, N. 35, Reichel, Art. 219, N. 15. Die bundesgerichtliche Praxis hat dabei bestimmt, dass die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand privilegiertes Gut im Sinne der Vorschrift in B 219 sei, durch das kantonale Recht nicht beliebig geregelt, sondern im Streitfall an Hand der in B 219 erwähnten Merkmale entschieden werden müsse; vergl. BE XXIV (2), 102.

[35]) In analoger Weise schrieb bisher B 219 vor: «Der privilegierte Teil des zugebrachten Frauengutes darf nicht mehr als die Hälfte desselben betragen. Auf dem privilegiertem Teil wird der Wert derjenigen Vermögensstücke, welche die Ehefrau als Eigentümerin zurücknimmt, sowie der Betrag, welchen sie auf Grund eines ihr zustehenden Pfandrechts erhält, angerechnet»; vergl. auch Jaeger, Art. 219, N. 39.

brachten Frauengutes gedeckt, so geniesst ihre Ersatzforderung für den Rest dieser Hälfte ein Vorrecht nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.» Die Rücknahme erfolgt durch Erhebung des Aussonderungsanspruches; die gegebenen Sicherheiten werden nach Art der Pfandrechte liquidiert.

Dem System der Gütergemeinschaft, welches die eingebrachten Vermögenswerte der beiden Ehegatten zu einem Gesamtgut vereinigt, würde begrifflich die Gewährung eines Rücknahmerechtes im Konkurs widersprechen.[36]) Ebensowenig sieht hier das materielle Recht eine Sicherheitsleistung durch den Ehemann vor. Das Frauengutsprivilegium wird daher regelmässig für die volle Hälfte geltend zu machen sein.

d. Die Geltendmachung des Privilegs ist ein rein persönliches Vorrecht der Ehefrau.[37]) Dasselbe kann denn auch nur von ihr persönlich ausgeübt werden. Eine Abtretung des Vorrechtes wird durch ZGB 211, Al. 2, 224, Al. 2 sowohl für den Fall der Güterverbindung als auch für denjenigen der Gütergemeinschaft ausdrücklich als ungültig erklärt. Dagegen treten die Kinder der vorverstorbenen Ehefrau, welche die Gütergemeinschaft mit ihrem Vater gemäss ZGB 229 ff. fortsetzen, im Konkurse des Vaters an Stelle der vorverstorbenen Mutter (ZGB 233, Al. 3).

Gleich wie die Abtretung des Frauengutsprivilegs wird durch das materielle Recht auch ein Verzicht auf dasselbe zu gunsten einzelner Gläubiger als ungültig erklärt (ZGB 211, Al. 2, 224, Al. 2). Dagegen kann natürlich die Ehefrau die Eingabe ihrer Frauengutsforderung überhaupt oder eine solche in der vierten Klasse der Konkursmasse gegenüber, d. h. zu gunsten sämtlicher Konkursgläubiger, unterlassen.

5. Die fünfte Klasse ist diejenige der sog. Kur-

---

[36]) Vergl. Votum Huber im stenogr. Bulletin der Bundesversammlung 1905, S. 721 ff., wo auch das — noch im Entwurf des Bundesrates fehlende — Konkursprivileg als etwas für das System der Gütergemeinschaft Exzeptionelles bezeichnet wird; ferner Curti, Schweiz. Zivilrecht, 1910, Bd. I, S. 114.

[37]) Vergl. Huber, Erläuterungen, Gesamtausgabe, S. 191.

rentforderungen. Sie umfasst alle «übrigen», d. h. nicht in einer der vier ersten Klassen kollozierten Forderungen, mit Einschluss der Forderung der Ehefrau für den nicht privilegierten Teil ihres zugebrachten Frauengutes (B 219, Al. 9). Die Konkursforderung der Ehefrau für das eingebrachte, nicht mehr vorhandene Frauengut wird in ZGB 210, Al. 1, 224, Al. 1 — ganz abgesehen vom Konkursprivileg — ausdrücklich garantiert.

§ 50.

Die vermögensrechtliche Stellung des Gemeinschuldners im Konkurs.

I. Im allgemeinen.

Die Konkurseröffnung schafft eine besondere vermögensrechtliche Stellung des Gemeinschuldners. Dieselbe charakterisiert sich dadurch, dass der letztere gleichsam von seiner bisherigen vermögensrechtlichen Lage getrennt wird, damit dieselbe in ihren aktiven und passiven Beziehungen liquidiert werden kann. Der Gemeinschuldner muss mit der Konkurseröffnung eine neue vermögensrechtliche Existenz begründen; die frühere ist für ihn vorläufig abgeschlossen. Im einzelnen ist dabei folgendes zu bemerken:

1. An der Rechts- und Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners wird durch die Konkurseröffnung nichts geändert. Der Gemeinschuldner ist nach wie vor fähig, gültig Rechtsgeschäfte abzuschliessen, Rechte zu erwerben und sich zu verpflichten.[1]) Bei juristischen Personen und Gesellschaften, deren ganze wirtschaftliche Existenz auf ihrer bisherigen vermögensrechtlichen Lage aufgebaut war, hat die Liquidation der letzteren jedoch auch die Auflösung zur Folge. Dies trifft zu bei der Kollektivgesellschaft (OR 572, Al. 1), der Kommanditgesellschaft

[1]) Vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 299 ff. Auch die Annahme einer relativen Rechts- und Handlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners (der Konkursmasse gegenüber), wie sie Reichel, Art. 204, N. 1 befürwortet, scheint mir nicht gerechtfertigt zu sein.



(OR 611, Al. 1), der Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft (OR 664, Ziff. 3, 676, Al. 1), der Genossenschaft (OR 709, Ziff. 3); ebenso beim Verein, da gemäss ZGB 77 hier die Auflösung zu erfolgen hat, wenn der Verein zahlungsunfähig ist.[2])

Mit seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit behält der Gemeinschuldner im allgemeinen auch die Prozessfähigkeit im materiellen und formellen Sinn. Er kann nach wie vor vor Gericht klagen und verklagt werden und persönlich seine Rechte im Prozess wahren, soweit dies nicht die im Konkurse selbst zu liquidierenden Rechtsverhältnisse betrifft (vergl. unten IV).

Dagegen verliert der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung für die Dauer der Durchführung des Konkursverfahrens gemäss B 206 die Betreibungsfähigkeit, d. h. die formelle Passivlegitimation zur Betreibung (vergl. § 15, III, Ziff. 2 hievor, sowie unten III).

2. Das Eigentum an den zur Konkursmasse gehörenden Vermögensstücken geht dem Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung als solche nicht verloren, sondern erst durch die rechtsgültige Veräusserung der betreffenden Gegenstände seitens der Konkursverwaltung. Bis zu jenem Zeitpunkt bleibt der Gemeinschuldner Eigentümer. Eine Änderung an der Eintragung seiner Grundstücke im Grundbuch wird nicht vorgenommen, und es bedarf im Falle eines Konkurswiderrufes keiner Rückübertragung (vergl. § 46, II hievor). Ebenso bleibt der Gemeinschuldner Inhaber aller ihm bei der Konkurseröffnung zustehenden Rechte, solange dieselben nicht konkursmässig liquidiert sind.

Dagegen benimmt ihm die Konkurseröffnung die Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen, soweit dasselbe gemäss B 196 zur Konkursmasse gehört (vergl. unten II).

3. Umgekehrt aber wird der Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung von der Belangbarkeit für die-

[2]) Vergl. Hafter in Gmürs Kommentar zum ZGB, Bd. I. S. 242 f.

jenigen Verbindlichkeiten befreit, welche als Konkursobjekt den Konkursaktiven gegenüberstehen (vergl. unten III).

4. Im Konkursverfahren als solchem stehen dem Gemeinschuldner besondere Rechte und Pflichten zu, welche zum Teil ebenfalls vermögensrechtlicher Natur sind oder wenigstens für Gemeinschuldner und Konkursmasse vermögensrechtliche Folgen haben (vergl. unten V).

II. Die Stellung des Gemeinschuldners zum Konkurssubstrat.

Die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Gemeinschuldners zeigt sich einerseits hinsichtlich der Verfügung über körperliche Gegenstände, welche zur Masse gehören, andererseits mit Bezug auf sein Verhältnis zu den das Konkurssubstrat bildenden Forderungen.

1. Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber ungültig (B 204, Al. 1).[3]) Es tritt also keine absolute Ungültigkeit derartiger Handlungen ein; jedoch äussern sie keinerlei Rechtswirkungen gegenüber den Konkursgläubigern, d. h. die Konkursverwaltung kann bei der konkursrechtlichen Liquidation über jene Vermögensstücke verfügen, ohne sich um diese Rechtshandlungen zu kümmern. Bei Immobilien findet dies seinen Ausdruck in einer sofort nach der Konkurseröffnung von Amtes wegen im Grundbuch vorzumerkenden Verfügungsbeschränkung (ZGB 960, Ziff. 2).[4]) Die Konkursverwaltung braucht also die betreffende Rechtshandlung des Gemeinschuldners den dritten Beteiligten gegenüber nicht anzufechten. Vielmehr kann sie einen auf jene Rechtshandlung begründeten Eigentumsanspruch einfach im Wege des Widerspruchsverfahrens gemäss B 242 ablehnen. Hat der Dritte den Massegegenstand bereits in Händen, so kann sie den letztern von ihm, bezw. seiner Konkursmasse

[3]) B 204 gilt auch für die Liquidation einer erblosen Verlassenschaft; vergl. BE XXVII (2), 23.

[4]) Eine analoge Wirkung bei der Pfändung schafft nun B 96, Al. 2 (ZGBE 60); vergl. § 30, V, Ziff. 2, lit. b hievor.



mit der Eigentumsklage herausverlangen.[5]) Wird erst nach Schluss des Konkursverfahrens entdeckt, dass durch eine gemäss B 204, Al. 1 ungültige Verfügung Gegenstände, die zur Konkursmasse gehörten, in die Hände Dritter gelangten, so ist der Anspruch gegenüber diesen Dritten als neu entdeckter Massegegenstand gemäss B 269 zu behandeln.[6]) Umgekehrt hat aber der Dritte, sofern die Konkursverwaltung die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes geltend macht, Anspruch auf Rückerstattung eines allfälligen von ihm geleisteten Gegenwertes, soweit derselbe noch vorhanden, oder die Konkursmasse durch ihn bereichert ist.[7]) Hat endlich der Dritte eine im Widerspruch zu B 204 erworbene bewegliche Sache bereits an einen gutgläubigen Vierten verkauft oder verpfändet, so ist dieser letztere gemäss OR 205, 213 (ZGB 714, Al. 2, 884, Al. 2) geschützt.[8])

Der Gemeinschuldner seinerseits kann sich auf die Ungültigkeit des von ihm im Widerspruch zu B 204 abgeschlossenen Geschäftes nicht berufen. Wird also später sein Konkurs gemäss B 195 widerrufen, so bleibt der durch die betreffende Rechtshandlung für den Dritten geschaffene Rechtsanspruch gegenüber dem Gemeinschuldner gültig bestehen. Ferner aber sind einem gutgläubigen Dritten im Falle einer Ungültigerklärung des Geschäftes seitens der Konkursverwaltung allfällige Schadenersatzansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner gewahrt; nur kann er sie, da sie **nach** der Konkurseröffnung entstanden, im vorliegenden Konkurs nicht geltend machen.[9]) Will die Konkursverwaltung ihrerseits

---

[5]) Das Widerspruchsverfahren gemäss B 242 ist hier nicht anwendbar; vergl. § 54, III, Ziff. 1 hienach, sowie auch Jaeger, Art. 204, N. 7.

[6]) Vergl. BE XXV (2), 113. Dagegen legt Jaeger, Art. 204, N. 7 unter Berufung auf BE XXIII, 53, 229 mit Recht Nachdruck darauf, dass die Tatsache nicht schon während des Konkursverfahrens bekannt gewesen sein darf.

[7]) Ebenso Reichel, Art. 204, N. 3.

[8]) Bei Immobilien kann eine Veräusserung und Verpfändung nach der Konkurseröffnung an einen gutgläubigen Dritten mit Rücksicht auf die gemäss ZGB 960, Ziff. 2 im Grundbuch einzutragende Verfügungsbeschränkung überhaupt nicht vorkommen.

[9]) Ebenso Reichel, Art. 204, N. 6.

ein vom Gemeinschuldner im Widerspruch zu B 204 abgeschlossenes Veräusserungsgeschäft als gültig anerkennen, so kann sich der Dritte dem nicht durch Berufung auf B 204 widersetzen, um einer allfälligen Gegenleistung zu entgehen.

Macht die Konkursverwaltung einem Dritten gegenüber gestützt auf B 204, Al. 1 die Ungültigkeit einer durch den Gemeinschuldner vorgenommenen Veräusserung geltend, so trifft sie die Beweislast dafür, dass die betreffende Veräusserung nach der Konkurseröffnung vorgenommen wurde.[10])

Die in B 204, Al. 1 aufgestellte Regel bezieht sich selbstverständlich auch auf alle Zahlungen, die der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung mit Geldern macht, welche gemäss B 197 zur Konkursmasse gehören. Die Konkursverwaltung kann den ganzen Betrag und nicht etwa bloss eine allfällige Bereicherung des Dritten zurückfordern. Eine Ausnahme von dieser Regel statuiert jedoch B 204, Al. 2. Hat nämlich der Gemeinschuldner vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses einen von ihm ausgestellten eigenen oder einen auf ihn gezogenen Wechsel bei Verfall bezahlt, so ist die Zahlung gültig, sofern der Wechselinhaber von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte und im Falle der Nichtzahlung den wechselrechtlichen Regress gegen den Dritten mit Erfolg hätte ausüben können.[11])
Voraussetzung dieser Vergünstigung ist also:

a. Dass die Zahlung zwar nach der Konkurseröffnung, jedoch vor deren Publikation im Handelsamtsblatt gemäss B 232, Ziff. 1 erfolgte;

b. dass der Zahlungsempfänger gutgläubig war, d. h. von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte;

[10]) Dabei ist nötigenfalles auch auf die Stunde des Geschäftsabschlusses abzustellen. Eine Rechtsvermutung, dass eine am Tage der Konkurseröffnung vorgenommene Veräusserung gegen B 204, Al. 1 verstosse, kennt unser Gesetz — im Gegensatz zur deutschen KO. § 7 — nicht. Sie darf deshalb auch nicht mit Jaeger, Art. 204, N. 3 interpretationsweise aufgestellt werden.

[11]) Das Gesetz gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Vorschrift in B 204, Al. 2 auch auf eine vom Schuldner bezahlte Checkforderung anwendbar wäre; vergl. auch Reichel, Art. 204, N. 9.

c. dass es sich um einen vom Schuldner ausgestellten oder auf ihn gezogenen Wechsel handelte, für welchen er nach Wechselrecht Zahlung schuldig war;

d. dass die Zahlung verfallen war;

e. dass der Wechselgläubiger bei Nichtzahlung seitens des Gemeinschuldners mit Erfolg den wechselmässigen Regress gegen Dritte hätte ausüben können;[12])

f. dass der Wechselinhaber bei Nichtannahme der Zahlung des Gemeinschuldners den Regress gegenüber den Regresspflichtigen verloren hätte, was nicht der Fall ist, wenn der Wechsel bereits vor der Zahlung des Gemeinschuldners mangels Zahlung protestiert war.[13])

2. Aus der in B 204 aufgestellten allgemeinen Regel ergibt sich, dass auch Forderungen des Gemeinschuldners, soweit sie zur Konkursmasse gehören, jenem gegenüber vom Moment der Konkurseröffnung an gesperrt sind. Sie können daher nach Eröffnung des Konkurses nicht mehr durch Zahlung an den Gemeinschuldner getilgt werden; eine solche Zahlung bewirkt den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit Befreiung, als das Geleistete in die Konkursmasse gelangt ist (B 205, Al. 1).

Dieser Grundsatz bezieht sich auf alle Guthaben des Gemeinschuldners, welche in zeitlicher und sachlicher Hinsicht zum exekutionsfähigen Vermögen gehören (vergl. § 47, II, Ziff. 2, und III, Ziff. 1 hievor).[14]) Ebenso ist es an sich ohne Belang, in welcher Weise der Gemeinschuldner die

---

[12]) Vergl. eine Aufzählung von Fällen des mangelnden Regresses bei Reichel, Art. 204, N. 8. Streitig ist, ob die Möglichkeit eines Regresses nur rechtlich oder auch tatsächlich gegeben sein musste. Im letztern Sinn Reichel, Art. 204, N. 8; im erstern — wohl mit Recht — Jaeger, Art. 204, N. 14. Es kann dem Zahlungsempfänger billigerweise nicht der Beweis dafür aufgeladen werden, dass sein Regresspflichtiger solvabel gewesen wäre.

[13]) Ebenso BE XXVII (2), 33; vergl. Reichel, Art. 204, N. 8.

[14]) Es kommen nicht bloss Geldforderungen in Betracht; vergl. auch Jaeger, Art. 205, N. 1.

Zahlung empfängt, ob direkt oder durch Stellvertreter oder durch Anweisung auf Dritte.[15]) Ausschlaggebend ist dabei, ob derjenige Zeitpunkt, in welchem die Zahlung des Dritten an den Gemeinschuldner nach den Vorschriften des Zivilrechtes ihre liberierende Wirkung äussert, vor oder nach der Konkurseröffnung liegt.[16])

Eine gemäss B 205, Al. 1 geleistete Zahlung ist jedoch dem Gemeinschuldner selbst und seinen Mitberechtigten gegenüber schlechtweg gültig; sie haften dem zahlenden Dritten auch für die richtige Ablieferung des Bezahlten an die Konkursmasse. Die Befreiung des Dritten der Masse gegenüber tritt aber nur ein, wenn und soweit diese den Wert des Geleisteten wirklich erhalten hat.[17])

Eine Ausnahme von dieser Regel statuiert B 205, Al. 2 mit Rücksicht auf einen gutgläubig Zahlenden. Erfolgte nämlich die Zahlung vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses, so ist der Leistende von der Schuldpflicht befreit, wenn ihm die Eröff-

[15]) Dagegen hebt Reichel, Art. 205, N. 5 hervor, dass andere Erlöschungsgründe als Zahlung hier nicht in Betracht fallen, sondern entweder (wie ein Nachlass) durch B 204 oder (wie Verrechnung) durch B 213 als ungültig erklärt werden.

[16]) Dies ist von Wichtigkeit hinsichtlich einer vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung auf seinen Schuldner abgegebene Anweisung. Dieselbe gilt gemäss OR 412, Al. 3 mit der Konkurseröffnung als widerrufen. Wird also nach der Konkurseröffnung auf Grund derselben bezahlt, so ist der Angewiesene nicht liberiert, sofern er nicht schon vor der Konkurseröffnung dem Anweisungsempfänger gegenüber gemäss OR 409 die Anweisung angenommen hat und ihm dadurch selbständig verpflichtet wurde. Vergl. darüber Reichel, Art. 205, N. 8. Eine Befreiung des Drittschuldners nimmt BE XXV (2), 77 und ebenso Jaeger, Art. 205, N. 3 dann an, wenn der Gemeinschuldner für sein Guthaben auf den Dritten vor der Konkurseröffnung eine Tratte gezogen und weiter begeben hat, welche nun der Dritte nach der Konkurseröffnung bezahlt. A. M. Reichel, Art. 205, N. 8.

[17]) Die Beweislast hiefür liegt dem Dritten und nicht der Masse ob, da der Gemeinschuldner von Gesetzes wegen eben nicht berechtigt ist, für sie eine Zahlung zu erheben. A. M. Jaeger, Art. 205, N. 5.

nung des Konkurses nicht bekannt war. Der tatsächlichen Kenntnis von der Konkurseröffnung muss aber der Fall gleichgestellt werden, dass der Dritte bei Anwendung der nötigen Aufmerksamkeit von der Konkurseröffnung Kenntnis haben konnte.[18]) Nach einmal erfolgter Konkurspublikation ist überhaupt jede Exkulpation des Dritten ausgeschlossen.

III. Die Stellung des Gemeinschuldners zum Konkursobjekt.

Der Natur des Konkurses als Generalexekution entspricht es, dass der Konkursgläubiger vom Momente der Konkurseröffnung an für seine Forderung nur noch im Konkurse selbst Befriedigung suchen kann. Von jenem Momente an ist deshalb der Gemeinschuldner seiner persönlichen Belangung entzogen. Allerdings wird nicht etwa die Schuldpflicht des Gemeinschuldners als solche aufgehoben, sondern nur die Verfolgbarkeit ihm gegenüber.[19]) Dies macht sich vor allem mit Bezug auf die Möglichkeit einer Betreibung des Gemeinschuldners geltend. Alle gegen den Gemeinschuldner anhängigen Betreibungen sind aufgehoben; neue Betreibungen können während der Dauer des Konkursverfahrens nicht angehoben werden (B 206).[20])

Von der Regel der Aufhebung hängiger Betreibungen muss jedoch trotz Stillschweigen des Gesetzes eine Ausnahme nach zwei Richtungen hin gemacht werden: Die

---

[18]) Ebenso Reichel, Art. 205, N. 6. Die Beweislast liegt hier der Konkursverwaltung ob, da bis zur erfolgten Publikation der Konkurseröffnung eine Kenntnis des Dritten hievon nicht vermutet werden kann. Ebenso Jaeger, Art. 205. N. 8

[19]) Wenn also der Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens einen Gläubiger aus seinem nicht zur Masse gehörenden Vermögen befriedigt, so geht die Konkursforderung als solche unter, ohne dass der Gemeinschuldner für die geleistete Zahlung Ersatz aus der Konkursmasse verlangen kann.

[20]) Da diese Vorschrift eine unmittelbare Folge der Durchführung des Konkurses ist, bezieht sie sich selbstverständlich nur auf einen in der Schweiz eröffneten Konkurs, sofern nicht etwa dem auswärtigen Staate gegenüber durch Staatsvertrag die Attraktivkraft des Konkurses garantiert ist; vergl. § 42, III, Ziff. 2 hievor und dazu BE XXIII, 173.

Aufhebung erfolgt nicht mehr, sofern in einer Betreibung auf Pfändung zur Zeit der Konkurseröffnung bereits die Verwertung stattgefunden hat, da in diesem Falle der Verwertungserlös gemäss B 199, Al. 2 an die betreibenden Gläubiger zu verteilen ist (vergl. § 47, IV, Ziff. 2, lit. b hievor). Ebensowenig hat eine Aufhebung dann stattzufinden, wenn das Substrat der hängigen Betreibung in einem nicht zur Konkursmasse gehörenden Vermögensstück besteht; also bei der Betreibung auf Pfandverwertung, sofern das Pfand nicht Eigentum des Gemeinschuldners ist (vergl. § 47, IV, Ziff. 1, lit. a hievor).[21])

Wo eine Aufhebung der Betreibung gemäss B 206 eintritt, wirkt sie absolut, d. h. die Betreibung ist schlechtweg[22]), in ihrem ganzen Umfang[23]) und endgültig aufgehoben. Nach beendigtem Konkursverfahren lebt sie nicht wieder auf[24]) und ebensowenig im Falle eines Konkurswiderrufes, dessen Voraussetzungen (Gläubigereinwilligung oder Nachlassvertrag) der früheren Betreibung regelmässig auch ihr Objekt entziehen (vergl. § 46, II, Ziff. 1 hievor).[25])

Das in B 206 enthaltene Verbot der Anhebung neuer Betreibungen muss als allgemeines betrachtet werden, d. h. eine Betreibung gegen den Gemeinschuldner während der Dauer des Konkursverfahrens ist auch für

---

[21]) Ebenso BE XXIII, 49, XXIV (1), 149. Dasselbe ist der Fall bei einer Betreibung auf Pfändung, welche den tatsächlichen Verhältnissen nach auf Liquidation von Dritteigentum abzielt; vergl. BE XXXII (1), 59, XXXIV (1), 92.

[22]) Also ohne Rücksicht auf die Kenntnis des betreibenden Gläubigers von der Konkurseröffnung; vergl. BE XXIII, 173.

[23]) Die Aufhebung umfasst also auch allfällige Sicherungsmittel der Betreibung, wie z. B. einen erwirkten Arrest; vergl. auch Jaeger, Art. 206, N. 2.

[24]) Eine Ausnahme wird in BE XXIII, 262, XXVII (1), 60 für den Fall einer Einstellung des Konkurses mangels irgendwelchen Massevermögens (B 230) gemacht, sofern es sich um eine Betreibung auf Pfandverwertung handelt. Ebenso Jaeger, Art. 206, N. 3.

[25]) Eine Ausnahme gewährt die Praxis für die Betreibung auf Pfandverwertung; vergl. BE XXII, 115.

solche Forderungen ausgeschlossen, welche nach der Konkurseröffnung entstanden und daher nicht im Konkurs zu liquidieren sind.[26]) Dies rechtfertigt sich deshalb, weil gemäss B 197, Al. 2 alles Vermögen, welches dem Gemeinschuldner vor Schluss des Konkursverfahrens anfällt, zur Konkursmasse gezogen wird, und jenem selbst nur die Kompetenzstücke belassen werden (B 197, Al. 1), ein Substrat für neue Betreibungen daher regelmässig fehlen würde. Wenn aber eine Betreibung gegenüber dem Gemeinschuldner ausgeschlossen ist, so ist auch eine Arrestlegung, die ja nur als Sicherungsmittel der erstern in Betracht fällt, und gemäss B 278 die Anhebung einer Betreibung erfordert, nicht möglich.

IV. Die Behandlung hängiger Zivilprozesse des Gemeinschuldners.

Aus der vermögensrechtlichen Stellung des Gemeinschuldners im Konkurs ergibt sich auch die Art und Weise der Behandlung von Zivilprozessen, an welchen er beteiligt ist.

1. Da der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung die Dispositionsbefugnis über seine Aktiven, soweit sie zum Konkurssubstrat gehören, verliert und für Passiven, welche Konkursobjekte darstellen, nicht mehr belangt werden kann, so wird in Prozessen, welche zur Masse gehörende Rechtsverhältnisse berühren, seine sachliche Legitimation aufgehoben. Dieselbe geht auf die Konkursmasse über, d. h. die Durchführung des Prozesses bildet einen Teil der konkursrechtlichen Liquidation (vergl. § 51, III, Ziff. 4, lit. d hienach). Und zwar muss die Konkursverwaltung den Prozess in der gleichen materiellen und formellen Lage aufnehmen, in welcher er sich bei der Konkurseröffnung befindet.[27]) Der Prozessanspruch in seinen

[26]) Ebenso A V, 29; Reichel, Art. 206, N. 3, Jaeger, Art. 206, N. 4. Dagegen kann — wie Jaeger richtig hervorhebt — die Masse für Masseschulden betrieben werden.

[27]) Ebenso BE XXVII (2), 15; Reichel, Art. 207, N. 2, welche sich dahin ausdrücken, dass «die Masse in die Rechtsstellung des Gemeinschuldners in vollem Umfang eintrete.» Über die rechtliche Natur dieser Prozessübernahme vergl. § 51, III, Ziff. 4, lit. d hienach.

aktiven und passiven Äusserungen gehört eben zum Konkurssubstrat.[28]) Der Gemeinschuldner seinerseits ist vom Prozessverhältnis vollständig ausgeschaltet und kann auch nicht etwa als Intervenient oder Streitgenosse eintreten, bezw. einbezogen werden.[29]) Dagegen aber wirkt das Ergebnis des durch die Konkursverwaltung durchgeführten Prozesses auch für den Gemeinschuldner nach einer etwaigen Einstellung oder nach dem Widerruf des Konkurses. Der Gemeinschuldner muss eben hier den Prozess in demjenigen Stadium übernehmen, in welchem er sich zur Zeit der Aufhebung des Konkurses befindet, sofern der betreffende Prozess ihn persönlich überhaupt berührt.[30]) Ein von der Konkursverwaltung abgeschlossener Vergleich und ein von ihr erklärter Abstand im Prozess wirkt auch für den Gemeinschuldner.[31])

Über die Art und Weise der Aufnahme, bezw. Fortführung des Prozesses ist regelmässig in der zweiten Gläubigerversammlung zu beschliessen (B 253, Al. 2, vergl. § 51, II, Ziff. 5 hienach). Aus diesem Grunde werden mit Ausnahme dringlicher Fälle, Zivilprozesse, in welchen der Gemeinschuldner Kläger oder Beklagter ist, eingestellt und können erst zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung (B 252) wieder aufgenommen werden (B 207,

---

[28]) Über die Abtretung des Prozessanspruches an einzelne Gläubiger vergl. BE XXIX (1), 20, sowie § 56, IV hienach.

[29]) Vergl. auch R e i c h e l , Art. 207, N. 7.

[30]) Dies ist nicht der Fall bei Prozessen, in welche die Konkursmasse infolge bestimmter Vorschriften über das Konkursverfahren verwickelt wird, z. B. Widerspruchsprozesse gemäss B 242, Al. 2 und Kollokationsprozesse gemäss B 250.

[31]) Ein solcher Abstand ist von der Konkursverwaltung immer zu erklären, sofern die Gläubigerversammlung einen hängigen Prozess nicht aufnehmen will und auch keine Abtretung des Anspruches an einen Gläubiger gemäss B 260, bezw. keine Versteigerung des betr. Anspruches stattfindet. Es muss eben im Konkursverfahren jeder zur Konkursmasse gehörende Aktiv- und Passivanspruch liquidiert werden. A. M. J a e g e r , Art. 207, N. 9, welcher den Gemeinschuldner — sogar während des Konkursverfahrens — für befugt hält, einen solchen Prozess aufzunehmen. Dagegen wie oben R e i c h e l , Art. 207, N. 8.

Al. 1).[32]) Die Einstellung erfolgt von Gesetzes wegen. Es braucht also dazu keiner ausdrücklichen richterlichen Verfügung; vielmehr kann sich jede Prozesspartei von vornherein darauf berufen.[33]) Was unter den «dringlichen» Fällen, in welchen gemäss B 207, Al. 1 eine Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht werden soll, zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht gesagt. Da aber durch B 207, Al. 3 in allen Fällen für die Unterbrechung laufender Fristen gesorgt ist, so kann sich das Moment der Dringlichkeit der Natur der Sache nach nicht auf eine Befristung des Anspruches in zivilrechtlicher oder prozessualer Hinsicht, sondern nur auf die äussere Beschaffenheit des Substrates im betreffenden Prozess oder auf die äussern Verumständungen des letztern beziehen. Als dringlich sind daher solche Prozesse anzusehen, welche nach Ablauf einer bestimmten Zeit, z. B. infolge Verderbs von Gegenständen, Unmöglichwerdens der geforderten Leistungen etc., zwecklos werden. Ferner gehören hieher solche prozessuale Verfahrensarten, welche ihrer technischen Natur nach eine Aufschiebung nicht vertragen, wie z. B. richterliche Konstatierung von Zuständen (vergl. OR 248, Al. 2), Beweissicherungen etc.[34])

Der Natur der Sache nach — und trotz des scheinbar widersprechenden Wortlautes in B 207, Al. 1 — muss angenommen werden, dass an sich mit der Konkurseröffnung auch diese Prozesse eingestellt sind, indem eben die Fortführungsmöglichkeit im einzelnen Fall geprüft werden muss. Jede Partei kann die Fortführung verlangen und der Richter

---

[32]) Dieser Grundsatz bezieht sich regelmässig nur auf die im Inland geführten Prozesse; vergl. Meili, Lehrbuch des internationalen Konkursrechtes, S. 104. Ferner kommen nur solche Prozesse in Betracht, bei welchen der Gemeinschuldner persönlich Partei war, also nicht solche einer Kollektivgesellschaft, welcher er angehört; vergl. SchwJZ III, 52 (Waadt).

[33]) Vergl. auch Jaeger, Art. 207, N. 5.

[34]) Jaeger, Art. 207, N. 1, Reichel, Art. 207, N. 4, wollen hierher auch Prozesse rechnen, die im summarischen oder beschleunigten Verfahren zu führen sind. Jedenfalls aber kann dieser Begriff hier nicht im Sinne von B 25, Ziff. 2 aufgefasst werden.

hat eine prozessleitende Verfügung darüber zu erlassen.[35]) Die Aufhebung der Einstellung beginnt mit dem Erlass dieser Verfügung und kann nicht etwa auf den Moment der Konkurseröffnung zurückbezogen werden. In solchen Fällen kann gemäss B 238, Al. 1 auch schon die erste Gläubigerversammlung über die Fortsetzung des Prozesses Beschluss fassen (vergl. § 51, II, Ziff. 5, lit. c hienach).

Nach Ablauf von zehn Tagen seit der zweiten Gläubigerversammlung hat jede Prozesspartei das Recht, in der durch das positive Zivilprozessrecht vorgesehenen Form Wiederaufnahme des Prozesses, ohne Rücksicht auf seine Natur und namentlich auf das Merkmal der Dringlichkeit, zu verlangen.[36])

Die in B 207, Al. 1 vorgesehene Einstellung des Verfahrens soll an der materiellen und prozessualen Stellung der Parteien nichts ändern. Daher schreibt B 207, Al. 3 vor: «Während der im Absatz 1 bestimmten Zeit laufen die Verjährungs- und Verwirkungsfristen nicht.» Unter Verwirkungsfristen, wie sie hier genannt werden, sind nicht nur die eigentlichen Verwirkungsfristen im technischen Sinn, sondern auch die sog. gesetzlichen Befristungen materiellrechtlicher und prozessrechtlicher Natur zu verstehen.[37]) Jede Frist also, welche durch eine Prozesshandlung unterbrochen oder bestimmungsgemäss ausgenützt werden kann, ruht bis zum zehnten Tag nach der Gläubigerversammlung, ohne Rücksicht darauf, ob sie zu Gunsten oder zu Lasten der einen oder der andern Prozesspartei aufgestellt ist.[38])

2. Prozesse des Gemeinschuldners, welche sich nicht auf Vermögenswerte oder Ansprüche beziehen, die zum Konkurssubstrat oder zum Konkursobjekt gehören, gehen nicht im oben erwähnten Sinn auf die Konkursmasse über, d. h. sie sind nicht durch

---

[35]) Jaeger, Art. 207, N. 1 verlangt einen eigentlichen Zwischenentscheid.

[36]) Jaeger, Art. 207, N. 9 verlangt besondere Anzeige an die Gegenpartei.

[37]) Vergl. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der gesetzlichen Befristung als Endigungsgrund von Privatrechten, 1901.

[38]) Vergl. auch Reichel, Art. 207, N. 2.

die Konkursverwaltung durchzuführen. Der Gemeinschuldner bleibt nach wie vor einzig Prozesspartei, und der Prozessausgang berührt die Konkursmasse nicht, sofern er nicht etwa für den Gemeinschuldner vor Schluss des Konkursverfahrens den Erwerb neuen Vermögens bewirkt, welches gemäss B 197, Al. 1 in die Konkursmasse fällt. Infolgedessen findet gemäss B 207, Al. 2 auch eine Prozesseinstellung hier nicht statt.

Als Prozesse, auf welche sich die Bestimmung in B 207, Al. 1 nicht bezieht, welche also nicht eingestellt werden, nennt B 207, Al. 2 Entschädigungsklagen wegen Ehr- oder Körperverletzungen und Prozesse über Zivilstands- und Ehesachen oder Unterhaltsansprüche.

Nach dem soeben Ausgeführten kann diese Aufzählung nicht als erschöpfend betrachtet werden. Es gehören auch noch andere Fälle hieher, wie z. B. Prozesse, deren Substrat ein Kompetenzstück gemäss B 92 bildet, ferner Schadenersatzklagen wegen Verlöbnisbruches (ZGB 92), Genugtuungsansprüche gemäss OR 55, ZGB 28 etc.[39])

Anderseits können die in B 207, Al. 2 genannten Entschädigungsklagen wegen Ehr- oder Körperverletzung — jedoch nicht die andern dort genannten Prozesse — die Konkursmasse als solche berühren, sofern es sich dabei nicht um Ansprüche des Gemeinschuldners, sondern um solche gegen ihn handelt und dieselben im Konkurs eingegeben werden. Dann muss die Konkursverwaltung den Prozess auch aufnehmen.[40])

Strafprozesse, welche zur Zeit der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner hängig sind, berühren die Konkursmasse auch dann nicht, wenn darin adhäsionsweise Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden.[41]) Dagegen gehen Verwaltungsprozesse, in welche der

[39]) Vergl. auch Reichel, Art. 207, N. 2.

[40]) Ebenso Jaeger, Art. 207, N. 10. Reichel, Art. 208, N. 9 will die Konkursverwaltung nur in den Prozess eintreten lassen, sofern der Gemeinschuldner diesen im Einverständnis mit der Gegenpartei schlecht führt.

[41]) Der Adhäsionskläger kann höchstens seinen Anspruch im Konkurs eingeben.



Gemeinschuldner verwickelt ist, dann auf die Masse über, wenn es sich darin um Ansprüche handelt, welche als Konkursforderungen oder als Bestandteil des Konkurssubstrates in Betracht fallen. Eine Einstellung solcher Prozesse erfolgt mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut in B 207, Al. 1, welcher ausdrücklich nur von Zivilprozessen spricht, niemals.

3. Was im vorstehenden über die zur Zeit der Konkurseröffnung hängigen Prozesse gesagt wurde, gilt mutatis mutandis auch für die nach der Konkurseröffnung neu anzuhebenden Rechtsstreitigkeiten. Bezieht sich der Gegenstand des Prozesses nicht auf das Konkurssubstrat oder das Konkursobjekt, so berührt er die Konkursmasse nicht. Umgekehrt steht es der Gläubigerversammlung frei, die zum Konkurssubstrat gehörenden Ansprüche von der Konkursverwaltung auf dem Prozesswege geltend machen zu lassen (vergl. § 51, III, Ziff. 4, lit. d hienach). Ferner aber sieht das Gesetz selbst gewisse Fälle vor, in denen Prozesse gegen die Konkursmasse neu angehoben werden können (B 242, Al. 2, 250).

V. Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners im Konkurse.

Da die Konkursmasse dem Gemeinschuldner nicht als selbständiges Rechtssubjekt gegenübersteht, so kann nicht im privatrechtlichen Sinn von Rechten und Pflichten des Gemeinschuldners gegenüber der Masse gesprochen werden, sondern nur von Befugnissen und Verpflichtungen konkursrechtlicher Natur, und zwar auch dann, wenn diese Befugnisse und Verpflichtungen für den Gemeinschuldner und die Konkursmasse unter Umständen wirtschaftliche Konsequenzen haben.

1. Die Verpflichtungen des Gemeinschuldners im Konkurs gehen auf Mitwirkung zu einer möglichst vollständigen Ausmittlung und Beschaffung des Konkurssubstrates einerseits und zu einer genauen Feststellung des Konkursobjektes andererseits. Sie äussern sich nach folgenden Richtungen hin:

a. Der Gemeinschuldner ist bei Straffolge verpflichtet, dem Konkursamte alle seine Vermögensstücke anzugeben und zur Verfügung zu stellen (B 222, Al. 1). Diese Pflicht erstreckt sich auf alle Vermögensbestandteile des Gemeinschuldners, also auch auf diejenigen, welche Kompetenzqualität besitzen, da dieselben gemäss B 224 im Konkursinventar aufzunehmen sind, und die Bestimmung der Kompetenzqualität nicht Sache des Gemeinschuldners, sondern der Konkursverwaltung ist. Ferner gehören hieher auch solche Vermögensstücke, an welchen Drittpersonen Eigentum beanspruchen, indem gemäss B 242 die Kognition über Zulassung einer Aussonderung einzig der Konkursverwaltung zusteht.

Die Nichterfüllung der in B 222, Al. 1 statuierten Verpflichtung ist in erster Linie ein Ungehorsamsdelikt. Liegt aber eine dolose Verheimlichung oder Beiseiteschaffung von Vermögensgegenständen seitens des Gemeinschuldners vor, so artet es in das Vergehen des betrügerischen Konkurses aus (vergl. § 21, II hievor).[42])

Ist der Gemeinschuldner gestorben oder flüchtig, so liegt die in B 222, Al. 1 erwähnte Pflicht allen erwachsenen Personen ob, die mit ihm in einem Haushalte lebten (B 222, Al. 2). Das Konkursamt macht diejenigen, denen diese Pflicht obliegt, auf dieselbe aufmerksam (B 222, Al. 3).

b. Der Gemeinschuldner ist bei Straffolge verpflichtet, während des Konkursverfahrens zur Verfügung der Konkursverwaltung zu stehen; er kann dieser Pflicht nur durch besondere Erlaubnis enthoben werden; nötigenfalls wird er mit Hilfe der Polizeigewalt zur Stelle gebracht (B 229, Al. 1).[43]) Eine Verhaftung dagegen ist

---

[42]) Vergl. Jaeger, Art. 222, N. 1. Die kantonalen Strafbestimmungen sind abgedruckt bei Brand und Wasem, S. 207 ff.

[43]) Trotz des Wortlautes in B 229, Al. 1, muss die Anwesenheitspflicht des Gemeinschuldners auch schon vor Ernennung der Konkursverwaltung, bei Aufnahme des Konkursinventars, angenommen werden; vergl. Jaeger, Art. 229, N. 3; Reichel, Art. 229, N. 1. Im Konkurse einer juristischen Person oder Gesellschaft liegt die in B 229, Al. 1 statuierte Pflicht den Organen ob; vergl. BE XXXIV (1), 61.

schlechtweg ausgeschlossen.[44]) Ebenso darf der Gemeinschuldner von der Konkursverwaltung nicht etwa zu persönlicher Arbeit angehalten werden, da seine persönliche Arbeitskraft nicht Konkurssubstrat ist. Er hat lediglich als Auskunftsperson mitzuwirken. Zwei spezielle Fälle dieser Auskunftserteilung werden im Gesetz besonders hervorgehoben. Einmal nämlich wird dem Gemeinschuldner das Konkursinventar mit der Aufforderung vorgelegt, sich über dessen Vollständigkeit und Richtigkeit zu erklären. Die Erklärung des Gemeinschuldners wird in das Inventar aufgenommen und ist von ihm zu unterzeichnen (B 228).[45]) Ferner holt die Konkursverwaltung bei der Prüfung der eingegebenen Konkursforderungen über jede Konkurseingabe die Erklärung des Gemeinschuldners ein (B 244).

2. Die Rechte des Gemeinschuldners im Konkursverfahren beziehen sich entweder auf den Empfang einer Leistung aus der Konkursmasse oder aber auf eine bestimmte Stellung im Verfahren.

a. Direkt vermögensrechtliche Wirkung hat der Anspruch des Gemeinschuldners auf Herausgabe der Kompetenzstücke gemäss B 92. Dieselben sind ihm zur freien Verfügung zu überlassen (B 224; vergl. § 47, III, Ziff. 1 hievor.[46]) Da es sich aber hiebei nicht um einen zivilrechtlichen Anspruch des Gemeinschuldners, sondern lediglich um Festsetzung der Grenzen des Konkurssubstrates handelt, so ist ein allfälliger Streit zwischen der Konkursver-

---

[44]) Die in B 229, Al. 1 angedrohte Strafe ist eine Ungehorsamsstrafe.

[45]) Ein Manifestationsverfahren — wie es z. B. die deutsche KO, § 125 vorsieht — findet nicht statt. Ebensowenig macht sich der Gemeinschuldner durch unbestimmte und unzuverlässige Angaben strafbar, sofern nicht eine Verletzung der Angabepflicht gemäss B 222, Al. 1 vorliegt.

[46]) Der Anspruch des Gemeinschuldners auf Herausgabe der Kompetenzstücke ist regelmässig anlässlich seiner Erklärung zum Konkursinventar gemäss B 224 anzubringen, kann aber auch später noch gültig erhoben werden. Die Nichterhebung einer Beschwerde gegen die Unterlassung einer Ausscheidung der Kompetenzstücke im Inventar hat keine Verwirkungsfolgen; vergl. BE XXVI (1), 97, XXXIII (1), 143, A XII, 55.

waltung und dem Gemeinschuldner über die Kompetenzqualität eines bestimmten Vermögensstückes immer auf dem Beschwerdewege zu erledigen (vergl. § 31, II, Ziff. 3 hievor).

Ebenfalls wirtschaftlichen Charakter hat der Anspruch des Gemeinschuldners auf Gewährung eines billigen Unterhaltsbeitrages, den ihm die Konkursverwaltung zusprechen kann, wenn sie ihn anhält, zu ihrer Verfügung zu stehen (B 229, Al. 2).[46a]) Ein derartiger Beitrag gehört zu den Masseverbindlichkeiten (vergl. § 48, IV hievor). Ob ein solcher Anspruch des Gemeinschuldners besteht, hängt von den äussern Umständen des Falles, d. h. davon ab, ob entweder die Inanspruchnahme des Gemeinschuldners seitens der Konkursverwaltung eine so intensive ist, dass jener keine Zeit findet, seinen Lebensunterhalt zu verdienen, oder ob er durch andere äussere Verhältnisse, z. B. Krankheit oder Gebrechen, daran verhindert wird, und ob nicht etwa anderweitig, z. B. durch die Unterhaltspflicht seiner Angehörigen, für ihn gesorgt ist. Über die Notwendigkeit des Unterhaltsbeitrages, seinen Umfang und seine Form entscheidet die Konkursverwaltung auf Grund der genannten Verhältnisse.[47]) Eine Art der Alimentation ist auch die Belassung des Gemeinschuldners und seine Familie im Genusse der bisherigen Wohnung, worüber ebenfalls die Konkursverwaltung zu bestimmen hat (B 229, Al. 3).[48])

[46a]) BE XXIX (1), 125 will dem Gemeinschuldner auch den unbeschränkt haftenden Teilhaber im Konkurse der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft gleichstellen, da ihnen ebenfalls die Pflichten gemäss B 229, Al. 1 obliegen. Niemals gehört hieher die Ehefrau des verstorbenen Gemeinschuldners; vergl. BE XXXI (1), 58

[47]) In diesem Sinne auch BE XXXI (1), 58. Statt in Geld kann der Unterhaltsbeitrag auch in Überlassung von Massegegenständen bestehen, welche der Gemeinschuldner verarbeiten kann, um daraus seinen Lebensunterhalt zu verdienen; vergl. BE XXIII, 63.

[48]) Jaeger, Art. 229, N. 11 und Reichel, Art. 229, N. 4 nehmen an, dass es sich hier nur um die Wohnung im eigenen Hause des Gemeinschuldners handeln könne, da ja bei der Mietswohnung der Vermieter gemäss OR 288 infolge der Konkurseröffnung die Miete auflösen kann, sofern ihm nicht für die rückständigen und später fälligen Mietzinse Sicherheit geleistet wird. Es kann aber der Konkursverwaltung zweckmässig erscheinen, den Unterhalts-

Eine Verfügung der Konkursverwaltung über den zu gewährenden Unterhaltsbeitrag kann sowohl durch den Gemeinschuldner als auch durch einen Gläubiger auf dem Beschwerdewege angefochten werden.[49])

b. Hinsichtlich des Verfahrens selbst hat der Gemeinschuldner vor allem das Recht auf Mitwirkung in denjenigen Fällen, in dem Umfang und in der Weise, wie sie im Gesetz vorgesehen sind (B 228, 244; vergl. oben Ziff. 1). Er hat eben an dieser Mitwirkung, wenn sie auch im Gesetz selbst nur als eine Verpflichtung seinerseits angeführt wird, unter Umständen ein persönliches Interesse, sei es zur Geltendmachung seines Rechts auf Aussonderung der Kompetenzstücke, sei es behufs Ausübung eines gewissen Einflusses auf die Kollokation der Forderungen.

Vor allem aber besitzt der Gemeinschuldner Anspruch darauf, dass das ganze Konkursverfahren sowohl den gesetzlichen Vorschriften entsprechend als auch in einer Art und Weise durchgeführt wird, die seine berechtigten wirtschaftlichen Interessen schützt. Dies einerseits mit Bezug auf die Feststellung und Verwaltung der Aktivmasse und die Verwertung der dazu gehörenden Gegenstände, andererseits mit Bezug auf die Zulassung von Ansprüchen Dritter, sei es auf Aussonderung, sei es auf Kollokation der Konkursforderungen. Gegen die Verletzung dieses seines Anspruches steht ihm regelmässig gegenüber den Verfügungen der be-

---

beitrag in dieser Form zu gewähren. Vor Ernennung der Konkursverwaltung kann jedenfalls eine Verfügung gemäss B 229, Al. 3 überhaupt nicht getroffen werden; vergl. BE XXIV (1), 139.

[49]) Reichel, Art. 229, N. 3 und ebenso Jaeger, Art. 229, N. 7 leugnen ein Beschwerderecht des Gemeinschuldners, von der Ansicht ausgehend, dass der Schuldner überhaupt keinen Rechtsanspruch auf einen Unterhaltsbeitrag besitze. Dem kann nicht beigestimmt werden. Vielmehr handelt es sich um eine Ermessenssache der Konkursverwaltung, die von der kant. Aufsichtsbehörde überprüft werden kann, wogegen eine Weiterziehung gemäss B 19 niemals gegeben ist. Schlechtweg ausgeschlossen ist allerdings die Gewährung eines Unterhaltsbeitrages, sofern sie auf Kosten des Erlöses aus Pfandgegenständen geschehen müsste; vergl. BE XXVI (1), 96.

teiligten Organe die Beschwerde zu (vergl. § 9, III, Ziff. 1, lit. b hievor).[50]) Wo jedoch der endgültige Entscheid über eine Frage durch das Gesetz den Gerichten zugewiesen, eine Beschwerdeführung gemäss B 17 daher ausgeschlossen wird, steht dem Gemeinschuldner eine Mitwirkung im Verfahren nicht zu, da hier die Legitimation jeweilen im Gesetz genau umschrieben ist. Dies bezieht sich einerseits auf das Widerspruchsverfahren in Aussonderungsfällen (B 242), anderseits auf den Kollokationsprozess (B 250).

Vierter Unterabschnitt.

Formelles Konkursrecht.

§ 51.

Die Organisation des Konkursverfahrens.

I. Begriff, Einteilung und organisatorische Gestaltung.

Das formelle Konkursrecht regelt das Konkursverfahren, d. h. die Durchführung der konkursrechtlichen Liquidation. Dazu gehört vorerst die Feststellung der Konkursmasse nach ihrer aktiven und passiven Seite hin, also mit Bezug auf das Konkurssubstrat und das Konkursobjekt. Ihr folgt die Verwaltung der Konkursmasse im weitern Sinne, d. h. einerseits die Sorge für die Beschaffung und Erhaltung des Konkurssubstrates und anderseits die Erwahrung und Kollozierung der als Konkursobjekt angemeldeten Forderungen. Gestützt hierauf kann dann die eigentliche Liquidation in Gestalt der Verwertung des Konkurssubstrates und der Verteilung des Erlöses an die berechtigten Gläubiger erfolgen. Beendigt wird der Konkurs durch ein gerichtliches Schlussverfahren. Das ganze Konkursverfahren soll gemäss B 270 binnen sechs Monaten seit der Eröffnung des Konkurses durchgeführt sein. Diese Frist kann nötigenfalls durch die Aufsichtsbehörde verlängert

[50]) Praxis und Doktrin machen hier verschiedene Einschränkungen: vergl. § 9 hievor, Note 33, sowie § 51, II, Ziff. 6 hienach.

werden. Sie bildet eine sog. Ausführungsfrist (vergl. § 18, I, Ziff. 1 hievor).

Das charakteristische Merkmal des Konkursverfahrens, wodurch es sich von andern schuldbetreibungsrechtlichen Verfahrensarten unterscheidet, liegt in seiner organisatorischen Ausgestaltung, welche die beteiligten Gläubiger selbst zur Leitung und Durchführung gewisser Teile des Exekutionsverfahrens herbeizieht.

Die rechtliche Natur dieser Heranziehung des Gläubigerelementes, deren Spuren sich schon in den frühesten Anfängen des Konkursrechtes zeigen, hat in Doktrin und Praxis eine verschiedenartige Deutung gefunden.[1])

Die eine Ansicht fasst — in Anlehnung an das von ihr angenommene dingliche Beschlagsrecht der Gläubiger an den Massegegenständen (vergl. § 41, IV hievor) — die Gesamtheit der Gläubiger unter der Bezeichnung «Gläubigerschaft» als eine Gemeinschaft auf, welche durch bestimmte

[1]) Vergl. die historische Darstellung bei Kohler, Lehrbuch, S. 3 ff., bei Hellmann, Lehrbuch, S. 2 ff. und bei Rintelen, Oesterreichisches Konkursrecht, S. 4 ff., sowie die bei diesen zitierte Literatur. Das Prinzip einer Mitwirkung des Gläubigerelementes im Konkursverfahren bestand in weitgehendem Masse im römischen Recht. Im Mittelalter erhielt es sich namentlich in Italien und Frankreich, während das spanische Recht dem Prinzip der ausschliess lich amtlichen Durchführung des Konkurses huldigte. Kohler, Lehrbuch, S. 8, stellt die beiden Auffassungen einander unter der — etwas irreführenden — Bezeichnung als privatrechtliches und publizistisches Prinzip gegenüber. Die Regelung des spanischen Rechtes verschaffte sich raschen Eingang in die gemeinrechtliche Entwicklung, während das moderne Recht unter französischem Einfluss den Grundsatz der Gläubigerautonomie wieder zu Ehren zog. Über die — teilweise sehr originelle — Rechtsentwicklung in der Schweiz und die Herausbildung unseres gegenwärtigen Rechtszustandes vergl. die hervorragenden Arbeiten von Heusler, Die Bildung des Konkursprozesses nach schweizerischen Rechten; ZschwR VII, S. 117 ff.; ferner von v. Wyss, Geschichte des Konkursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich bis zum Erlass des Stadt- und Landrechtes von 1715; Zürich, 1845. Endlich ist hier zu nennen Dux, Die Entstehung des sanktgallischen Konkursprozesses nach den Statutarrechten und dem kantonalen Recht; Diss. Bern, 1899; vergl. auch Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886, S. 74 ff.

eigene Organe die Realisierung ihrer Rechte am Konkurssubstrat durchführt.[2])

Unser positives schweizerisches Konkursrecht kennt jedoch den Begriff einer korporativ organisierten Gläubigerschaft nicht.[3]) Dagegen vereinigt es in bestimmten Stadien des Konkursverfahrens die in jenem Zeitpunkte als solche

---

[2]) Am konsequentesten führt diese Konstruktion durch Kohler, Lehrbuch, S. 370 ff., welcher die Gläubigerschaft bezeichnet als «zivilistische Gemeinschaft mit prozessualischem Exekutivrecht». Für das schweizerische Recht schliessen sich dieser Konstruktion an Jaeger, Art. 240, N. 5, Fiori, Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, Diss. Bern, 1904, S. 18 ff. Der letztere definiert die Gläubigerschaft als «nicht eingetragenen rechtsfähigen Verein ohne juristische Persönlichkeit». Vergl. bei ihm auch eine Zusammenstellung der verschiedenen Konstruktionen einer «Gläubigerschaft», welche im gemeinen Recht als moralische Person angesehen wurde, während sie die moderne Theorie bald als Gemeinschaft zur gesamten Hand, bald als communio incidens, bald aber auch unbestimmt, — wie Kohler — als Gemeinschaft oder — wie die französischen Autoren — als être moral bezeichnet.

[3]) Fiori, a. a. O., S. 18 ff., leitet die gegenteilige Ansicht aus einigen Ausdrücken in B, wie «Gesamtheit der Gläubiger», «Masse» etc. ab und ferner aus dem Prozessführungsrecht der Konkursmasse. Irgendwelche positiven Einflüsse dieser angeblichen korporativen Organisation der Gläubiger auf die Ausgestaltung des Verfahrens selbst konstatiert Fiori nicht, so dass seiner Konstruktion eine praktische Bedeutung nicht beigemessen werden kann. Aber auch theoretisch stehen einer Auffassung der «Gläubigerschaft» als einer korporativen nach aussen sich dokumentierenden Personenverbindung Bedenken entgegen. Vor allem fehlt ein Moment, welches zur Konstruktion eines derartigen Begriffes unerlässlich wäre, nämlich der einheitliche Zweck. Freilich lässt sich, oberflächlich betrachtet, sagen, dass das Endziel für jeden Gläubiger die Befriedigung seiner Forderung aus der Konkursmasse ist. Aber gerade zur Erreichung dieses Zieles sind die Interessen der einzelnen Gläubiger nicht gemeinsam. Jedem muss vielmehr daran gelegen sein, den Mitgläubiger mit seiner Forderung ausscheiden zu lassen, indem er selbst dadurch eine grössere Aussicht auf Befriedigung erhält. Dazu kommt aber noch, dass der Begriff der Gläubigerschaft im Verlaufe des Konkursverfahrens stetig wechseln müsste, da zu Anfang des Verfahrens andere Merkmale für die Zulassung der Gläubiger massgebend sind, als in späteren Stadien (vergl. unten II, Ziff. 1). Über die Prozessführung der Masse vergl. unten III, Ziff. 4, lit. d.

anerkannten Gläubiger zu der sog. Gläubigerversammlung und überträgt der letztern einesteils bestimmte Funktionen bei der Durchführung des Konkurses, andernteils die Ernennung weiterer im Verfahren mitwirkender Organe, nämlich der Konkursverwaltung und des Gläubigerausschusses. Die Gläubigerbeteiligung an der Durchführung des Konkursverfahrens äussert sich somit in der Aufstellung bestimmter aus dem Gläubigerelement gebildeter Hülfsorgane des Konkursverfahrens.[4]) Die letztern (Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss) wirken gemeinsam mit den amtlichen Organen, dem Konkursamt, den Aufsichtsbehörden, dem Konkursgericht und den ordentlichen Zivilgerichten. Das Konkursamt besorgt die Feststellung der Konkursmasse und gewisse ergänzende Funktionen nach Schluss des Konkursverfahrens (B 268, 269). Die Durchführung des eigentlichen Verfahrens geschieht durch die von der Gläubigerversammlung bezeichnete, bezw. gewählte Konkursverwaltung, welcher fakultativerweise als eine Art Kontrollorgan ein Gläubigerausschuss beigegeben werden kann. Die Oberaufsicht steht, wie in allen andern Teilen der Schuldbetreibung, den Aufsichtsbehörden zu. Das Konkursgericht hat gleich wie die Eröffnung auch den Schluss des Konkurses in einem besondern Verfahren festzustellen. Daneben liegt ihm die Beurteilung gewisser Streitigkeiten ob, während in andern Fällen die ordentlichen Zivilgerichte zu entscheiden haben.

II. Die Gläubigerversammlung.[5])

Vom Standpunkt der Konstruktion einer korporativ organisierten «Gläubigerschaft» aus betrachtet, müsste die Gläubigerversammlung als Organ der letztern aufgefasst werden.[6]) Auf eine derartige Konstruktion lässt sich aber

---

[4]) Vergl. in diesem Sinne auch Hellmann, Lehrbuch, S. 397 ff.

[5]) Lit.: Fiori, Die Gläubigerversammlung im schweiz. Konkursrecht; Berner Diss., 1904.

[6]) So Fiori, S. 28 ff.; Kohler, Lehrbuch, S. 424 ff.; A III, 28, IV, 66.

unser Gesetz nicht ein, sondern stellt die Gläubigerversammlung ohne weiteres neben die übrigen Organe des Konkursverfahrens. Keine Gläubigerversammlung hat zu funktionieren im summarischen Konkursverfahren (vergl. § 52, III, Ziff. 3 hienach).

1. Die Zusammensetzung und Konstituierung der Gläubigerversammlung ist in den verschiedenen Stadien des Konkursverfahrens eine verschiedenartige. Das Gesetz unterscheidet zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung. Der letztern sind, was die Zusammensetzung anbelangt, auch weitere Gläubigerversammlungen gleichgestellt.

a. Die erste Gläubigerversammlung leitet gemäss B 235, Al. 1 ein Konkursbeamter.[7]) Im übrigen zerfallen die Teilnehmer in zwei Kategorien: unbeschränkt berechtigte und beschränkt berechtigte Teilnehmer.[8])

Unbeschränkt berechtigte Teilnehmer sind die vom Konkursamt anlässlich der Feststellung der Konkursmasse eruierten und durch Zustellung eines Exemplares der Konkurspublikation gemäss B 233 ausdrücklich eingeladenen Gläubiger (vergl. § 53, III, Ziff. 1 hienach). Sie legitimieren sich durch die erhaltene Einladung. Eine Vertretung ist beim Schweigen des Gesetzes zulässig.

Beschränkt berechtigte Teilnehmer sind solche Personen, welche, ohne besonders eingeladen zu sein, an den Verhandlungen teilnehmen wollen (B 235, Al. 2). Dazu gehören vor allem die dem Konkursamt als solche nicht bekannten und daher von ihm nicht ausdrücklich eingeladenen Gläubiger, bezw. Personen, welche sich dafür ausgeben; ferner aber Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie Gewährspflichtige, welchen in der

---

[7]) Der in B 231, Al. 1 gebrauchte unbestimmte Artikel «ein» lässt eine Bezugnahme auf eine allfällige kollegialische Zusammensetzung des Konkursamtes vermuten (vergl. Reichel, Art. 235, N. 2), während Jäger, Art. 235, N. 2 daraus schliesst, dass auch ein Angestellter des Konkursamtes präsidieren kann.

[8]) Fiori, S. 40 bezeichnet die ersteren als notwendige, die letztern als fakultative Beteiligte.

Konkurspublikation ausdrücklich freigestellt wird, der Versammlung beizuwohnen (B 232, Ziff. 5; vergl. § 53, III. Ziff. 2, lit. d hienach). [9]) Über ihre Zulassung entscheidet das Bureau der Gläubigerversammlung, welches durch den Konkursbeamten als Vorsitzenden und zwei von ihm bezeichnete Gläubiger gebildet wird (B 235, Al. 1 und 3). [10]) Die Legitimation der beschränkt berechtigten Teilnehmer wird dargetan durch Vorlegung von Ausweisen über die Eigenschaften, gestützt auf welche die betreffenden Personen an der Versammlung teilnehmen wollen.

Andere Personen, als die soeben genannten, sind nicht Teilnehmer an der Gläubigerversammlung. Dies betrifft namentlich den Gemeinschuldner selbst, dessen Anwesenheit aber das Konkursamt gemäss B 229, Al. 1 zu Informationszwecken anordnen kann (vergl. § 50, V, Ziff. 1, lit. b hievor). [11])

b. Die zweite Gläubigerversammlung findet statt, nachdem die Konkursverwaltung die eingegebenen Konkursforderungen geprüft und über deren Zulassung entschieden hat. Sie hat die Aufgabe, die weitern Liquidationsmassnahmen zu beschliessen, weshalb auch einzig die am Liquidationsergebnis persönlich Beteiligten, d. h. diejenigen Gläubiger teilnahmeberechtigt sind, deren Forderungen ganz oder teilweise anerkannt sind (B 252, Al. 1). Der Vorsitz in der zweiten Gläubigerversammlung wird durch ein Mitglied der Konkursverwaltung geführt (B 252. Al. 3).

---

[9]) Daraus, dass B 232, Ziff. 5 den Bürgen des Gemeinschuldners die Gewährspflichtigen, zu welchen jene streng genommen auch gehören, ausdrücklich gegenüberstellt, ist zu schliessen, dass der Gesetzgeber unter den Gewährspflichtigen solche Personen versteht, welche, ohne Mitschuldner oder Bürgen zu sein, für die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, soweit sie im Konkurs nicht gedeckt werden, aufzukommen haben, wie z. B. Garanten und Drittеigentümer von Pfändern, welche für Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners bestellt sind; vergl. Reichel, Art. 232, N. 7.

[10]) Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid des Bureaus wird im Gesetz nicht vorgesehen und kann auch nicht etwa gegen die Gläubigerversammlung selbst gerichtet werden; vergl. BE XXXII (1), 80.

[11]) Ebenso Fiori, S. 51.

2. Die Einberufung erfolgt für die erste Gläubigerversammlung durch das Konkursamt in der Konkurspublikation auf spätestens zehn Tage nach der letztern (B 232, Ziff. 5; vergl. § 53, III, Ziff. 2, lit. d hienach). Die zweite Gläubigerversammlung dagegen wird durch die Konkursverwaltung auf einen frühestens zwanzig Tage nach der Einladung anzusetzenden Termin einberufen (B 252, Al. 1).[12]) Weitere Gläubigerversammlungen — nach der zweiten — werden einberufen, wenn die Mehrheit der Gläubiger oder der Gläubigerausschuss es verlangt oder wenn die Konkursverwaltung es für notwendig hält (B 255).

3. Die Beschlussfähigkeit der ersten Gläubigerversammlung ist gemäss B 235, Al. 3 gegeben, wenn wenigstens der vierte Teil der bekannten Gläubiger anwesend oder vertreten ist. Sind vier oder weniger Gläubiger anwesend oder vertreten, so kann gültig verhandelt werden, sofern dieselben wenigstens die Hälfte der bekannten Gläubiger ausmachen (B 235, Al. 3). Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, dass bei der Berechnung des Quorums, d. h. der zu der Beschlussfähigkeit nötigen Zahl überhaupt nur Gläubiger, also niemals Mitschuldner, Bürgen oder Gewährspflichtige des Gemeinschuldners mitzuzählen sind, auch wenn sie an der Versammlung teilnehmen (vergl. oben Ziff. 1, lit. a). Umgekehrt aber kommen die an der Versammlung teilnehmenden Gläubiger insgesamt in Betracht, also nicht nur diejenigen,

---

[12]) Die Einladung für die zweite und für weitere Gläubigerversammlungen erfolgt durch eingeschriebenen Brief gemäss B 34; vergl. § 20, II, Ziff. 2 hievor, sowie Kreisschreiben des Justiz- und Polizeidepartements vom 11. Mai 1892. Mit Rücksicht auf die klare Bestimmung in B 252, Al. 1 kann — im Gegensatz zu Brüstlein in A III, 109 — der Konkursverwaltung die Einberufung oder Nichteinberufung der zweiten Gläubigerversammlung nicht freigestellt werden. Ebenso Reichel, Art. 252, N. 5; Jaeger, Art. 252, N. 4; Fiori, S. 59 ff. Dagegen nimmt die Praxis an, dass das ohne Einberufung der Gläubigerversammlung durchgeführte Verfahren gültig sei, sofern nicht rechtzeitig dagegen Beschwerde geführt wurde; vergl. BE XXXI (1), 27.

welche vom Konkursamt gemäss B 233 ausdrücklich eingeladen worden waren, sondern auch diejenigen, welche sich in der Versammlung selbst als Gläubiger legitimierten.[13]) Alle diese Gläubiger sind denn auch stimmberechtigt.

Die Vorschrift in B 235, Al. 3 findet gemäss B 252, Al. 3 auf die zweite Gläubigerversammlung entsprechende Anwendung. Als stimmberechtigt und für die Berechnung des Quorums in Betracht fallend treten dabei an Stelle der «bekannten» Gläubiger die von der Konkursverwaltung eingeladenen, d. h. diejenigen, deren Forderungen ganz oder teilweise zugelassen wurden.

4. Die Beschlussfassung geschieht mit der absoluten Stimmenmehrheit der Gläubiger. Bei gleichgeteilten Stimmen kommt dem Vorsitzenden der Stichentscheid zu. Allfällige Anstände über die Berechnung der Stimmen werden durch das Bureau entschieden (B 235, Al. 4). Jeder Gläubiger hat ohne Rücksicht auf Zahl und Höhe seiner Forderungen eine Stimme.[14]) Ein Ausschluss wegen Interessenkollision oder aus andern Gründen findet nicht statt.[15]) Die Entscheidung des Bureaus über die Berechnung der Stimmen ist nicht durch Beschwerde anfechtbar, da das Bureau im Gesetz nirgends als im Beschwerdeverfahren legitimiert bezeichnet wird. Dagegen kann wegen ungesetzlicher Berechnung der Stimmen der betreffende Beschluss der Gläubigerversammlung selbst als ungesetzlich auf dem Beschwerdeweg angefochten werden.[16])

Die in B 235, Al. 4 für die Beschlussfassung in der ersten Gläubigerversammlung aufgestellten Grundsätze sind gemäss B 252, Al. 3 auch auf die zweite und, beim Schweigen

---

[13]) So richtig Fiori, S. 63 ff., welcher im übrigen mit Jaeger, Art. 235, N. 7 darauf hinweist, dass die Vorschrift in B 235, Al. 3 strikte zu interpretieren, d. h. das Quorum nicht als gegeben zu betrachten ist, wenn bei der Berechnung ein Bruchteil als Rest bleibt. Es sind z. B. von 22 bekannten Gläubigern nur 5 anwesend.

[14]) Ebenso BE XXXI (1), 28.

[15]) Stimmberechtigt und mitzuzählen sind also auch privilegierte und Pfandgläubiger; vergl. Reichel, Art. 235, N. 6; A V, 130.

[16]) Ebenso Jaeger, Art. 235, N. 10; A X, 87; ZBJV XXXI, 17.

des Gesetzes, ebenso auf eine allfällige weitere Gläubigerversammlung entsprechend anzuwenden.[17])

5. Die Obliegenheiten der Gläubigerversammlung machen sich im allgemeinen nach vier verschiedenen Richtungen hin geltend:

a. In erster Linie steht ihr die Entgegennahme des Berichtes der ausführenden Organe zu.

In der ersten Gläubigerversammlung nämlich erstattet der Konkursbeamte Bericht über die Aufnahme des Inventars und den Bestand der Masse (B 237, Al. 1). Die Versammlung kann eine Ergänzung des Inventars durch Aufnahme weiterer Gegenstände beschliessen (vergl. § 53, II, Ziff. 5 hienach).[18])

Für die zweite Gläubigerversammlung sieht B 253, Al. 1 einen umfassenden Bericht der Konkursverwaltung über den Gang der Verwaltung und den Stand der Aktiven und Passiven der Konkursmasse vor.

b. An Wahlgeschäften sind der ersten Gläubigerversammlung übertragen die Ernennung der Konkursverwaltung und — fakultativ — diejenige eines Gläubigerausschusses (vergl. unten III und IV).

Die zweite Gläubigerversammlung, an welcher — wie oben in Ziff. 1 gezeigt wurde — nur noch diejenigen Gläubiger teilnehmen, die ein direktes Interesse am Liquidationsergebnis haben, braucht die von der ersten Gläubigerversammlung eingesetzten Organe nicht ohne weiteres anzuerkennen. Sie beschliesst vielmehr über die Bestätigung der Konkursverwaltung und, gegebenenfalls, des Gläubigerausschusses (B 253, Al. 2). Es steht ihr demnach auch frei, die früher gewählten Organe durch andere zu ersetzen.

c. Die Gläubigerversammlung kann aber auch die

[17]) Hier nimmt — im Gegensatz zur ersten Gläubigerversammlung — die Praxis die Möglichkeit einer Nichtmitrechnung gewisser Stimmen wegen Interessenkollision an; vergl. BE XXIII, 263.

[18]) Ebenso Jaeger, Art. 237, N. 3; Fiori, S. 72. Dagegen kann sie nicht etwa umgekehrt die Unterlassung der Inventaraufnahme gültig ratihabieren; vergl. A IV, 134.



nötigen Massnahmen betreffend die Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse anordnen. Jedoch ist dabei der Umfang der Kompetenz für die erste und die zweite Gläubigerversammlung ein verschiedener.

Da nämlich die Gläubigerqualität der an der ersten Gläubigerversammlung stimmberechtigten Teilnehmer noch nicht endgültig festgestellt ist, so kann dieser Versammlung nur ein beschränktes Verfügungsrecht über die Konkursmasse eingeräumt werden. Sie darf gemäss B 238, Al. 1 nur über solche Fragen, deren Erledigung keinen Aufschub duldet, Beschlüsse fassen, insbesondere über die Fortsetzung des Gewerbes oder Handels des Gemeinschuldners, über die Frage, ob Werkstätten, Magazine oder Wirtschaftsräume des Gemeinschuldners offen bleiben sollen, über Fortsetzung schwebender Prozesse, über die Vornahme von Verkäufen aus freier Hand.

Wie der Ausdruck «insbesondere» in B 238, Al. 1 andeutet, werden hier die Fragen, mit welchen sich die erste Gläubigerversammlung befassen darf, nicht abschliessend, sondern bloss exemplifizierend aufgezählt. Behandelt werden kann deshalb jede die Konkursmasse irgendwie berührende Angelegenheit, sofern nur dabei das Kriterium der Unaufschiebbarkeit zutrifft. Dies ist dann der Fall, wenn durch Nichtbehandlung der Frage in der ersten Gläubigerversammlung der Konkursmasse ein Nachteil erwachsen oder ein zu erwartender Vorteil entgehen würde.[19]) Das Vorliegen des Kriteriums kann also nur von Fall zu Fall festgestellt werden, und es ist dies eine Ermessenssache der Gläubigerversammlung.[20])

Viel ausgedehnter als die Befugnisse der ersten sind in dieser Beziehung diejenigen der zweiten Gläubigerversammlung. Da die letztere nur noch aus den am

[19]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 238, N. 1; Fiori, S. 86 ff; BE XXV (1), 110, XXXII (1), 80; A II, 129, VII, 61.

[20]) Die Frage unterliegt daher im Beschwerdefall der Weiterziehung an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer gemäss B 19 nur insofern, als die kantonale Aufsichtsbehörde bei Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse von einer unrichtigen Gesetzesauslegung ausgegangen ist; vergl. BE XXIII, 54, XXV (1), 110.

Verwertungsergebnis der Konkursmasse direkt beteiligten Gläubigern zusammengesetzt ist, so gibt ihr B 253, Al. 2 die Befugnis, nach Anhörung des Berichtes der Konkursverwaltung über den Stand der Aktiven und Passiven «unbeschränkt alles weitere für die Durchführung des Konkurses anzuordnen». Diese Vorschrift hat eine doppelte Bedeutung: Einerseits folgt daraus, dass sich die Konkursverwaltung hinsichtlich der von ihr zu treffenden Massnahmen der Verwertung und Verteilung auf die von der zweiten Gläubigerversammlung gegebenen Direktiven stützen muss. Dies wird in B 256, Al. 1 ausdrücklich hervorgehoben hinsichtlich der von der Konkursverwaltung abzuschliessenden freihändigen Verkäufe (vergl. unten III, Ziff. 4, lit. b). Anderseits gibt die Vorschrift in B 253, Al. 2 der zweiten Gläubigerversammlung das Recht, die zur weitern Durchführung des Konkursverfahrens erforderlichen Massnahmen als Ermessenssache zu behandeln, sofern nicht ausdrückliche Gesetzesvorschriften ein ganz bestimmtes Vorgehen verlangen.[21]) Jedenfalls aber ginge es zu weit, wollte man, gestützt auf den in B 253, Al. 2 gebrauchten Ausdruck «unbeschränkt» (im französischen Text: «souverainement»; im italienischen: «inappellabilimente») die Anordnungen der Gläubigerversammlung der Kontrolle, Oberleitung und Beschwerdekompetenz der Aufsichtsbehörde entziehen. Diese oberbehördlichen Kompetenzen bleiben vielmehr nach wie vor bestehen, und die unbeschränkte Anordnungsgewalt der zweiten Gläubigerversammlung dokumentiert sich nur in der Stellung zu der Konkursverwaltung, welche an ihre Beschlüsse nach innen schlechtweg gebunden ist.[22])

---

[21]) In diesem Sinne auch Reichel, Art. 253, N. 2; Jaeger, Art. 253, N. 3 (mit Kasuistik); Fiori, S. 94; BE XXV (1), 123.

[22]) Jaeger, Art. 253, N. 3; Reichel, Art. 253, N. 2; BE XXIV (1), 92. XXV (1), 123 wollen eine Beschwerde gegen Anordnungen der zweiten Gläubigerversammlung nur beim Vorliegen einer Gesetzwidrigkeit oder einer Verletzung individueller Gläubigerrechte, niemals aber wegen blosser Unangemessenheit einer Massnahme zulassen (vergl. auch unten Note 25). Diese Beschränkung trifft aber m. E. lediglich auf die Weiterziehung gemäss B 19 zu,

Über die Kompetenzen weiterer Gläubigerversammlungen hinsichtlich der Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse, enthält B keinerlei Vorschriften. Da sich aber eine dritte oder vierte Gläubigerversammlung organisch immer nur als Fortsetzung der zweiten darstellt und auch nur aus den direkt am Liquidationsergebnis beteiligten Gläubigern zusammengesetzt ist, so muss ihr die gleiche Befugnis zuerkannt werden, wie jener.[23])

d. Eine letzte Gruppe von Obliegenheiten der Gläubigerversammlung bildet ihre Stellungnahme zu einem vom Gemeinschuldner vorgeschlagenen Nachlassvertrag, wobei auch wiederum die Kompetenzen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung verschiedenartig geordnet sind.

Die erste Gläubigerversammlung hat — wie dies aus B 317, Al. 1 zu schliessen ist — keinerlei Beschlussfassung über den Nachlassvertrag als solchen. Dagegen kann sie gemäss B 238, Al. 2, wenn der Gemeinschuldner einen Nachlassvertrag vorschlägt, die Verwertung einstellen. Ein derartiger Einstellungsbeschluss setzt allerdings voraus, dass die Mehrheit der Gläubigerversammlung dem vorgeschlagenen Nachlassvertrag eine gewisse Sympathie entgegenbringt, was wiederum eine erfolgte Kenntnisnahme vom Inhalt des Nachlassvertragsentwurfes bedingt.[24])

---

dagegen nicht auf die Beschwerdeführung als solche. Durch jede unangemessene Verfügung der Gläubigerversammlung wird eben stets in die Rechte und Interessen Beteiligter, entweder des Gemeinschuldners, dessen Vermögen davon berührt wird, oder eines Gläubigers, dessen Aussicht auf Befriedigung dadurch verringert werden kann, eingegriffen, weshalb diesen Personen der Rechtsschutz einer Beschwerdeführung nicht versagt werden darf. Über die Aktivlegitimation zur Beschwerdeführung vergl. unten Ziff. 6. Die oben skizzierte Praxis ist übrigens vom Bundesgericht nicht immer streng eingehalten worden; so wird z. B. in A IX, 24 erkannt, dass ein Gläubigerversammlungsbeschluss auf Durchführung eines Prozesses, wozu die nötigen Mittel nicht in der Konkursmasse sind, infolge Beschwerde aufgehoben werden kann.

[23]) Mit Unrecht verbietet ihr A VII, 107 (Thurgau) die Abänderung von Beschlüssen der zweiten Gläubigerversammlung.

[24]) Nur in diesem Sinn ist den Ausführungen bei Fiori, S. 68 ff. beizustimmen.

Der Einstellungsbeschluss bezieht sich immer auf diejenigen Massnahmen, welche gemäss B 238. Al. 1 der ersten Gläubigerversammlung hinsichtlich der Verwertung überhaupt zustehen (vergl. oben lit. c). Irgendwelche Gebundenheit der einzelnen an der Beschlussfassung mitwirkenden Gläubiger hinsichtlich der definitiven Annahme des Nachlassvertrages zieht der Beschluss nicht nach sich.

Die zweite Gläubigerversammlung hat gemäss B 317, Al. 1 über einen vom Gemeinschuldner vorgeschlagenen Nachlassvertrag zu verhandeln, sofern die Vorbereitungen des letztern zur Zeit ihrer Einberufung bereits genügend gefördert sind. Soll nämlich in dieser Versammlung über einen Nachlassvertrag verhandelt werden, so muss dies bereits im Berufungsschreiben den einzuladenden Gläubigern angezeigt werden (B 252, Al. 2). Die Verhandlung selbst erfolgt auf Grund eines der Versammlung durch die Konkursverwaltung zu erstattenden Gutachtens (B 317, Al. 1).

Eine allfällige dritte oder vierte Gläubigerversammlung hat — wie dies implicite aus B 317, Al. 1 erhellt — über den Nachlassvertrag zu beraten und Beschluss zu fassen, sofern dies aus irgend einem Grunde in der zweiten Gläubigerversammlung nicht geschehen konnte.

6. Die Anfechtung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung ist im Gesetz sehr lückenhaft geordnet. B 239, Al. 1 bestimmt darüber prinzipiell: «Gegen Beschlüsse der Gläubigerversammlung kann jeder Gläubiger binnen fünf Tagen bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde führen».

Da diese Bestimmung am Schlusse der Vorschriften betreffend die erste Gläubigerversammlung steht, so könnte die Ansicht vertreten werden, dass sie auf Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung keine Anwendung findet. Mit Rücksicht jedoch darauf, dass eine besondere Bestimmung über die Anfechtung von Beschlüssen der zweiten Gläubigerversammlung im Gesetz nicht aufgestellt wird, während es doch — wie namentlich aus B 268, Al. 3 her-

vorgeht — offenbar nicht im Willen des Gesetzgebers lag, die Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung, welche für die Durchführung der konkursrechtlichen Liquidation ausschlaggebend sind, der behördlichen Kontrolle zu entziehen, muss B 239, Al. 1 auch gegenüber den Beschlüssen der zweiten Gläubigerversammlung anwendbar sein.[25])

Dabei wird aber in erster Linie der Umfang der beschwerdeweisen Anfechtbarkeit streitig. Hinsichtlich der ersten Gläubigerversammlung ist man freilich mit Rücksicht auf den bestimmten Wortlaut in B 239, Al. 1 allgemein darüber einig, dass alle Beschlüsse anfechtbar sind, gleichgültig ob es sich dabei um Wahlgeschäfte oder andere Beschlussfassungen gemäss B 238 handelt (vergl. oben Ziff. 5, lit. b—d),[26]) sofern diese Beschlüsse eine Gesetzesverletzung, Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung oder auch nur eine Unangemessenheit gemäss B 17 aufweisen (vergl. § 9, II, Ziff. 2 hievor).[27]) Gegenüber der zweiten Gläubigerversammlung dagegen will man mit Rücksicht auf den Wortlaut in B 253, Al. 2 eine Beschwerde wegen Unangemessenheit nicht zulassen (vergl. oben Note 22). Eine derartige Einschränkung wird aber — wie bereits oben in Ziff. 5, lit. c gezeigt wurde — durch den Sinn der Vorschrift in B 253, Al. 2 nicht gefordert. Sie würde vielmehr der Ordnung des Verfahrens überhaupt Eintrag tun und berechtigte Interessen sowohl des Gemeinschuldners als auch der Konkursgläu-

[25]) Für Zulassung der Beschwerde gegen Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung spricht sich — unter gewissen Einschränkungen — Theorie und Praxis ziemlich allgemein aus; vergl. Reichel, Art. 253, N. 2; Jaeger, Art. 253, N. 2; BE XXXII (1), 27, 28, sowie die in § 9 hievor, Note 12 zitierten Entscheide. A. M. Müller, Die Stellung der Konkursverwaltung nach dem B; Berner Diss., 1900, S. 71. Was für die zweite Gläubigerversammlung gilt, ist auch auf die folgenden anwendbar; vergl. BE XXXII (1), 64.

[26]) Ebenso Reichel, Art. 239, N. 3; BE XXIV (1), 103, XXVII (1), 63, XXXI (1), 125.

[27]) Vergl. die in Note 26 zitierten Entscheide, sowie Jaeger, Art. 239, N. 1 und A III, 28, X, 52, 53, 72.

biger selbst gefährden. Die praktische Bedeutung der Streitfrage darf übrigens aus folgendem Grunde nicht überschätzt werden. Alle Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung müssen durch die Konkursverwaltung ausgeführt werden, gegenüber deren Verfügungen gemäss B 241 die Beschwerde im Sinne der Vorschriften in B 17 und 19 schlechtweg gegeben ist. Darauf, ob die Konkursverwaltung eine Verfügung von sich aus oder auf Anordnung der Gläubigerversammlung trifft, nimmt B 241 nicht Rücksicht. Wollte man deshalb gegen Beschlüsse der Gläubigerversammlung wegen Unangemessenheit eine Beschwerde nicht zulassen, so müsste man es jedenfalls gegenüber den jene Beschlüsse ausführenden Massnahmen der Konkursverwaltung tun.

Am meisten Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung der Aktivlegitimation zur Beschwerdeführung. B 239 spricht lediglich von Gläubigern als Beschwerdeführern. Die herrschende Meinung hat aber von jeher prinzipiell auch den Gemeinschuldner als legitimiert betrachtet, soweit durch die Beschlüsse der Gläubigerversammlung seine Interessen verletzt werden, indem er sonst im Konkursverfahren völlig rechtlos dastände. Ein solches Interesse des Gemeinschuldners und damit seine Aktivlegitimation verneint aber die herrschende Meinung mit Bezug auf solche Beschlüsse der Gläubigerversammlung, welche nur wegen Unangemessenheit angefochten werden könnten.[28]) Diese Einschränkung ist jedoch unbegründet, da der Schuldner als Eigentümer des Konkurssubstrates durch alle Verfügungen hinsichtlich der Verwaltung und Verwertung des letztern in seinen Vermögensinteressen direkt berührt wird. Aus diesem Grunde muss ihm das Beschwerderecht in gleicher Weise zustehen, wie den beteiligten Gläubigern (vergl. § 9, III, Ziff. 1, lit. b, sowie

[28]) Vergl. Jaeger, Art. 239, N. 2; Brüstlein in A III, 107; Fiori, S. 105, sowie die in § 9 hievor, Note 33 zitierten Entscheide. Brand in A IX, 28 will dem Gemeinschuldner die Beschwerde gegen Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung versagen, sie ihm aber gegenüber den ausführenden Massnahmen der Konkursverwaltung gestatten.

§ 50, V, Ziff. 2, lit. b hievor). Drittpersonen — soweit sie nicht etwa als gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers in Betracht fallen — sind zur Beschwerdeführung regelmässig nicht aktiv legitimiert, da eine betreibungsrechtliche Beziehung ihrerseits zum Gläubigerversammlungsbeschluss faktisch nicht vorkommt (vergl. § 9, III, Ziff. 1. lit. c hievor).[29])

Die formelle Regelung der Beschwerde weicht insofern von der in B 17 vorgesehenen ab, als die Beschwerdefrist gegenüber Beschlüssen der ersten Gläubigerversammlung auf fünf Tage verkürzt ist (B 239, Al. 1).[30]) Der Anfangspunkt der Frist richtet sich mangels einer abweichenden Bestimmung in B 239 nach der allgemeinen Regel in B 17 (vergl. § 9, IV, Ziff. 2 hievor).[31])

Hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens stellt B 239, Al. 2 die spezielle Vorschrift auf, dass die Aufsichtsbehörde innerhalb kurzer Frist, nach Anhörung des Konkursamtes — dem jedenfalls bei Beschwerden gegen die zweite Gläubigerversammlung die Konkursverwaltung gleichzustellen ist — und, wenn sie es für zweckmässig erachtet, des Beschwerdeführers und derjenigen Gläubiger, die vernommen zu werden verlangen, zu entscheiden hat. Die Einvernahme ist jedoch vollkommen in das Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt.

Neben der beschwerdeweisen Anfechtung der Gläubigerversammlungsbeschlüsse nimmt aber die Praxis auch die Möglichkeit eines Eingreifens der Aufsichtsbehörden von Amtes wegen an. Die letztern können demnach die Beschlüsse der Gläubigerversammlung wegen Ungesetzlichkeit jederzeit aufheben.[32]) Diese Befugnis steht

---

[29]) Ebenso Jaeger, Art. 253, N. 3; BE XXIV (1), 92.

[30]) Gegenüber der zweiten Gläubigerversammlung wendet die Praxis die zehntägige Beschwerdefrist gemäss B 17 an; vergl. BE XXXII (1), 65. Ich erachte dies für ebenso unlogisch wie unzweckmässig, da es sich in casu um eine analoge Anwendung der Vorschrift in B 239 handelt.

[31]) A. M. Jaeger, Art. 239, N. 3, welcher die Frist in jedem Falle mit dem Tage der stattgehabten Gläubigerversammlung beginnen lassen will. Ebenso Fiori, S. 108.

[32]) Vergl. BE XXXI (1), 125.



der eidgenössischen Aufsichtsbehörde mit Rücksicht auf die ihr durch B 15, Al. 1 eingeräumte Oberaufsicht über das ganze Schuldbetreibungswesen (vergl. § 8, III, Ziff. 2, lit. a hievor) zweifellos zu, während allerdings der kantonalen Aufsichtsbehörde durch B 13 nur die Überwachung der Betreibungs- und Konkursämter und durch B 241 diejenige der Konkursverwaltung übertragen wird.

III. Die Konkursverwaltung.[33])

Das wichtigste Organ für die Durchführung des Konkursverfahrens bildet die Konkursverwaltung.

1. Ihre Bestellung liegt der ersten Gläubigerversammlung ob. Dieselbe hat nämlich gemäss B 237, Al. 2 darüber zu entscheiden, ob sie das Konkursamt oder eine oder mehrere von ihr zu wählende Personen als Konkursverwaltung einsetzen will (vergl. oben II, Ziff. 5, lit. b). Immerhin bleibt diese Bestellung nicht für die ganze Dauer des Konkursverfahrens in Kraft. Vielmehr hat gemäss B 253, Al. 2 die zweite Gläubigerversammlung über die Bestätigung der Konkursverwaltung zu beschliessen und kann sie infolgedessen auch durch eine andere ersetzen.[34]) Kommt die erste Gläubigerversammlung nicht zustande, so wird dies festgestellt. Das Konkursamt besorgt in diesem Falle die Verwaltung und Verwertung der Masse bis zur zweiten Gläubigerversammlung (B 236). Kommt dagegen die zweite Gläubigerversammlung nicht zustande, so wird dies ebenfalls festgestellt, und die bisherige Konkursverwaltung und der Gläubigerausschuss bleiben bis zum Schlusse des Verfahrens im Amt (B 254). Waren mangels Zustandekommens der ersten Gläubigerversammlung überhaupt keine solche Organe bestellt worden, so führt das Konkursamt als solches die Liquidation zu Ende. Die gewählte Kon-

[33]) Lit. Müller, Die Stellung der Konkursverwaltung nach dem B; Berner Diss., 1900.

[34]) Die Versagung der Bestätigung legt der zweiten Gläubigerversammlung die Pflicht auf, nach Massgabe der Vorschrift in B 237, Al. 2 darüber zu entscheiden, ob sie das Konkursamt oder eine ausseramtliche Konkursverwaltung mit der Weiterführung der Geschäfte betrauen will.



kursverwaltung ist in ihren Funktionen und in ihrer rechtlichen Stellung dem Konkursamt durchaus gleichgestellt. Sie kommt daher ebenfalls als Organ des Konkursverfahrens und nur als solches in Betracht.[35]) (Betreffend das summarische Konkursverfahren vergl. § 52, III hienach).

2. Inhaber der Konkursverwaltung ist nach dem Gesagten entweder das Konkursamt oder eine oder mehrere von der Gläubigerversammlung ernannte Personen (sog. ausseramtliche oder gewählte Konkursverwaltung).

Das Konkursamt ist zur Übernahme der Konkursverwaltung von Amtes wegen in jedem Falle verpflichtet. Diese Übernahme gehört zu seinen speziellen Amtspflichten, weshalb es dabei auch in seiner gewöhnlichen amtlichen Stellung verbleibt (vergl. § 6, V, Ziff. 2 hievor).

Die gewählte oder ausseramtliche Konkursverwaltung kann durch die Gläubigerversammlung mit einer oder mehreren Personen besetzt werden, über deren notwendige Eigenschaften das Gesetz keinerlei Vorschriften

---

[35]) Dagegen bezeichnen die Vertreter der sog. Gläubigerschaftstheorie (vergl. oben I) auch die Konkursverwaltung als Organ der Gläubigerschaft; vergl. Jaeger, Art. 240, N. 5; Kohler, Lehrbuch, S. 401; Fiori, S. 32 ff. Müller, S. 21 ff. und S. 109 nennt sie das Organ der Gläubigerversammlung und will, unter vollständiger Ignorierung der öffentlichrechtlichen Natur ihrer Funktionen, die Konkursverwaltung — soweit es sich wenigstens um die von den Gläubigern gewählte handelt — in ihrer rechtlichen Stellung und ihrem Verhältnis zur Gläubigerversammlung und zu Drittpersonen schlechtweg den Grundsätzen über das Mandat unterstellen, was ihn teilweise zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führt. Die Praxis des Bundesgerichtes sowohl als auch die frühere des Bundesrates war mit Bezug auf die Beurteilung der rechtlichen Natur der Konkursverwaltung von jeher sehr schwankend, indem sie die letztere bald als Organ oder Geschäftsführer der Gläubigerschaft, bezw. der Gesamtheit der Gläubiger (A II, 104, III, 27; BE XXI, 36), bald als Vertreterin der Konkursmasse (BE XIX, 47, XXIV (1), 74), bald auch als Vertreterin des Gemeinschuldners (BE XVIII, 90) bezeichnet. Der amtliche Charakter wird hervorgehoben in BE XXV (1), 121. Vergl. die Zusammenstellung bei Fiori, S. 37 und bei Müller, S. 22.

aufstellt.[36]) Namentlich ist nicht etwa Gläubigerqualität erforderlich. Sie benimmt aber umgekehrt auch nicht die Fähigkeit, in die Konkursverwaltung gewählt zu werden, wie denn überhaupt die Interessenkollision als solche keine Rolle spielt.[37])

Werden mehrere Personen in die Konkursverwaltung gewählt, so können sie ihre Funktionen gegen aussen nur gemeinsam als kollegialisches Ganzes ausüben.[38]) Die Konstituierung im Innern und die Verteilung der Arbeit dagegen ist, mangels gesetzlicher Vorschriften, Sache des Kollegiums.

3. Die rechtliche Stellung der Konkursverwaltung bedarf, sofern diese durch das Konkursamt gebildet wird, keiner besondern Regelung, sondern es greifen die allgemeinen Grundsätze über die Stellung und Amtsführung des Konkursbeamten Platz. Aber auch bei der gewählten Konkursverwaltung bringt B 241 die amtliche Organstellung mit aller Deutlichkeit dadurch zum Ausdruck, dass dort die in B 5, 8, Al. 1 und 2, 9, 11, 13, 17 und 19 für das Konkursamt aufgestellten Bestimmungen auf die gewählte Konkursverwaltung anwendbar erklärt werden. Dies macht sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

a. Was die Formen der Geschäftsführung anbelangt, so wird die Konkursverwaltung durch B 241 in gleicher Weise zur Protokollführung verpflichtet, wie das Konkursamt (B 8; vergl. § 7, II hievor). Dagegen sind ihre Protokolle zwar, wie diejenigen des Konkursamtes, öffentlich,

---

[36]) Dagegen folgt aus dem Wortlaut in B 237, Al. 2, dass nur physische Personen die Konkursverwaltung bilden können, also niemals eine Gesellschaft oder Firma; vergl. BE XXIV (1), 142. Als Mitglied einer mehrgliedrigen ausseramtlichen Konkursverwaltung kann auch der Konkursbeamte gewählt werden, der dann die gleiche Stellung einnimmt wie die übrigen Mitglieder; vergl. Jaeger, Art. 237, N. 5.

[37]) Immerhin schliesst Jaeger, Art. 241, N. 1 mit Recht den Gemeinschuldner selbst von der Wahlfähigheit aus, was aber nicht auf seine Verwandten auszudehnen ist.

[38]) Eine Ernennung verschiedener koordinierter Konkursverwalter zur selbständigen Besorgung bestimmter Geschäftszweige — wie sie die deutsche KO § 79 kennt — ist unzulässig.



d. h. jedermann, der ein Interesse nachweist, zugänglich; jedoch geniessen sie nicht, wie jene, öffentlichen Glauben, da B 241 ausdrücklich B 8, Al. 1 und 2, nicht aber B 8, Al. 3 als anwendbar erklärt.

Die Hinterlegung eingegangener Geldsummen, Wertpapiere und Wertsachen bei der kantonalen Depositenanstalt hat in gleicher Weise zu geschehen wie seitens des Konkursamtes (B 9; vergl. § 7, III hievor).

b. Mit Bezug auf ihr persönliches Verhältnis zu den von ihr auszuführenden Funktionen ist auf die ausseramtliche Konkursverwaltung anwendbar einerseits das Verbot des Selbstkontrahierens gemäss B 11 (vergl. § 7, IV, Ziff. 1 hievor) und anderseits der Grundsatz der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss B 5 (vergl. § 7, V, Ziff. 3 hievor). Nur ist natürlich eine Haftung des Staates hier nicht begründet, da eben ein Beamtenverhältnis fehlt, weshalb denn auch B 6 in B 241 nicht als anwendbar erklärt wird.[39]) Aus dem letztgenannten Grunde findet auch das Prinzip der disziplinarischen Verantwortlichkeit auf die gewählte Konkursverwaltung keine Anwendung.[40]) Dagegen wird durch B 241 die Vorschrift in B 13 anwendbar

---

[39]) Dass in B 241 die Verjährungsbestimmung gemäss B 7 nicht genannt wird, muss als ein Versehen betrachtet werden. Die Verfehlungen einer Konkursverwaltung stellen immer ein ausserkontraktliches Verschulden dar, auf welches die Verjährungsvorschrift gemäss B 69, wie sie in B 7 reproduziert ist, Anwendung finden muss. Ebenso Jaeger, Art. 241, N. 1. Nicht als anwendbar erklärt wird in B 241 auch B 11 betr. die Ausstandsgründe. Die gewählte Konkursverwaltung besitzt allerdings keinen gesetzlichen Stellvertreter. Der Inhaber der Konkursverwaltung wird aber zur Vermeidung seiner Verantwortlichkeit gut tun, in Fragen, welche ihn in seiner etwaigen Gläubigerqualität berühren, den Gläubigerausschuss und wo ein solcher fehlt, die Gläubigerversammlung beschliessen zu lassen.

[40]) So richtig A III, 52 (Betreibungsrat), VII, 109 (Bern). Dagegen scheinen Jaeger, Art. 241, N. 1, und Reichel, Art. 241, N. 2 der noch zu erwähnenden Möglichkeit einer Absetzung der Konkursverwaltung disziplinarischen Charakter beizumessen.

erklärt, welche von der Einsetzung der kantonalen Aufsichtsbehörden zur Überwachung der Betreibungs- und Konkursämter handelt. Aus dieser Verweisung muss gefolgert werden, dass der Gesetzgeber die gewählte Konkursverwaltung der allgemeinen Aufsicht der kantonalen Aufsichtsbehörden (vergl. § 8, II, Ziff. 2, lit. a hievor) unterwerfen wollte, da sonst die Verweisung gar keinen Sinn hätte. Das nämliche ergibt sich aus B 268, wonach das Konkursgericht nach Fällung des Schlusserkenntnisses der Aufsichtsbehörde die Bemerkungen zur Kenntnis bringt, zu welchen ihm die Geschäftsführung der Konkursverwaltung Anlass gibt. Auch diese Bestimmung ist nur dann zu rechtfertigen, wenn eben der Gesetzgeber der Aufsichtsbehörde die Befugnis einräumt, jederzeit, sei es auf Beschwerde hin, sei es von Amtes wegen, gegenüber einer unrichtigen Geschäftsführung der Konkursverwaltung einzuschreiten und durch Erteilung von Weisungen oder durch andere Massnahmen für die richtige Handhabung der gesetzlichen Vorschriften zu sorgen.[41])

c. Die Beschwerde ist gegenüber den Verfügungen einer gewählten Konkursverwaltung in gleicher Weise gegeben, wie gegenüber denjenigen des Konkursamtes, da B 17 und 19 in B 241 schlechtweg anwendbar erklärt werden.[42]) Die Bedingungen und Wirkungen einer Beschwerdeführung

[41]) Diese Massnahmen können sogar bis zur Absetzung einer unfähigen Konkursverwaltung gehen; vergl. Jaeger, Art. 241, N. 1; Reichel, Art. 241, N. 2; Leemann, Die Stellung der ausseramtlichen Konkursverwaltung gegenüber den Aufsichtsbehörden; SchwJZ V, S. 112 ff.; BE XXIV (1), 103, XXXI (1), 125; A III, 28, 53. A. M. Müller, S. 37 ff., der in B 13 nur einen Befehl an die Kantone zur Aufstellung von Aufsichtsbehörden erblickt, und deshalb, unter Leugnung jeder allgemeinen Aufsichtsgewalt der letztern, deren Vorgehen gegen eine gewählte Konkursverwaltung ausschliesst; vergl. auch Monatsbl., I, 154, Anmerkung 4, sowie Fiori, S. 80 ff.

[42]) Dass B 18 in B 241 nicht ausdrücklich erwähnt wird, muss als Versehen betrachtet werden, da eine Weiterziehung nach B 19 nur gegenüber einem gemäss B 18 gefällten Beschwerdeentscheid der obern kantonalen Aufsichtsbehörde möglich ist (vergl. § 9, VIII, Ziff. 1, lit. a hievor).

sind also hier genau die nämlichen wie dort (vergl. § 9 hievor).[43])

d. Das Honorar der Konkursverwaltung wird durch den Gebührentarif vom 1. Mai 1891 geregelt. Derselbe enthält in Art. 42 – 48 für einzelne Funktionen bestimmte Ansätze und schreibt sodann in Art. 50 weiter vor: «Ausser den in diesem Kapitel vorgesehenen Gebühren beziehen die Konkursverwaltung und der Gläubigerausschuss je nach Umständen für ihre Mühewaltung eine Vergütung, deren Höhe von der Gläubigerversammlung, unter Vorbehalt der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde, festgesetzt wird.»[44]) Durch Bundesratsbeschluss vom 12. März 1895 wurde diese Bestimmung dahin amendiert, dass, wenn in einem Konkursverfahren die zweite Gläubigerversammlung nicht zustande kommt, die Aufsichtsbehörde die in Tarif 50 vorgesehene

---

[43]) Auch die Anwendbarkeit von B 21 betr. Vollziehung der Beschwerdeentscheide muss trotz Schweigens im Gesetz angenommen werden. Müller, S. 37 ff. hält eine Vollziehung von Beschwerdeentscheiden gegenüber der gewählten Konkursverwaltung mangels einer Disziplinargewalt der Aufsichtsbehörde gegenüber derselben für unmöglich. Vollziehungsmöglichkeit und Disziplinargewalt bedingen aber einander nicht, indem es eben der Aufsichtsbehörde jederzeit möglich ist, durch ihre Organe die zur Vollziehung des Beschwerdeentscheides notwendigen Massnahmen im Konkursverfahren treffen zu lassen.

[44]) Die Festsetzung kann bereits in der zweiten Gläubigerversammlung geschehen; es braucht dazu nicht eine besondere Versammlung am Schlusse des Konkursverfahrens einberufen zu werden; vergl. A II, 104. Die Mitglieder der Konkursverwaltung sind — wenn sie selber Gläubiger sind — für dieses Traktandum nicht stimmberechtigt; vergl. BE XXIII, 263. Gegen die Beschlussfassung der Gläubigerversammlung kann sowohl jeder Gläubiger, als auch die Konkursverwaltung in eigenem Namen Beschwerde führen; vergl. A II, 29, 104. Beschwerden betr. die Höhe der Vergütung fallen, als Fragen der Angemessenheit, regelmässig in die endliche Kompetenz der kantonalen Aufsichtsbehörden; vergl. BE XXIV (1), 58. Die Konkursverwaltung kann auch noch nach Schluss des Konkursverfahrens zur Rechnungslegung und zur Herausgabe zuviel bezogener Gebühren von der Aufsichtsbehörde angehalten werden; vergl. A XII, 24 (Bern). Betr. die Kosten der Versteigerung vergl. § 36 hievor, Note 50.

Vergütung auf Begehren der Konkursverwaltung oder des Gläubigerausschusses direkt bewilligen und deren Betrag festsetzen kann (Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 22. März 1895).[45])

4. Die Obliegenheiten der Konkursverwaltung umfassen alle zur Durchführung der konkursrechtlichen Liquidation notwendigen Funktionen. Dieselben lassen sich in sechs Kategorien einteilen:

a. Die Konkursverwaltung hat alle zur Erhaltung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen (B 240). Dies betrifft die Beschaffung der zum Konkurssubstrat gehörenden Vermögensstücke, soweit dieselbe nicht schon gemäss B 223 vom Konkursamt besorgt wurde (vergl. § 53, II, Ziff. 6 hienach), sowie die Sorge für die Erhaltung ihres Wertes. Spezialfälle dieser Tätigkeit bilden die Stellungnahme zu den geltend gemachten Aussonderungsansprüchen (B 242), Eintreibung fälliger Ansprüche der Masse (B 243, Al. 1), sowie gewisse Verwertungsmassnahmen mit konservatorischem Charakter (B 243, Al. 2). Die Konkursverwaltung ist dabei gegen aussen von Gesetzes wegen befugt, alle zur Erreichung der genannten Zwecke notwendigen Rechsthandlungen von sich aus vorzunehmen. Nach innen dagegen ist sie in gewissen Fällen an die ihr hiefür durch die Gläubigerversammlung oder den Gläubigerausschuss gegebenen Wegleitungen gebunden (vergl. oben II, Ziff. 5). Eine Überschreitung dieser Schranken kann sie gegen innen, d. h. gegenüber den einzelnen Gläubigern und dem Gemeinschuldner, verantwortlich machen. Ihre Handlungen können auch durch die betreibungsrechtlich Beteiligten auf dem Beschwerdewege gemäss B 17, 241 angefochten werden. Dritte Personen, gegen welche oder mit welchen diese Rechtshandlungen vorgenommen werden, können sich auf die mangelnde Beschlussfassung oder Zustimmung der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses nicht berufen.[46])

[45]) Abgedr. in A IV, 59.

[46]) In diesem Sinne auch A V, 121; Jaeger, Art. 240, N. 4;

b. Zu den Kompetenzen der Konkursverwaltung sind aber auch alle zur Verwertung der Masse, d. h. des Konkurssubstrates gehörenden Verfügungen zu rechnen (B 240, 243, 252 ff.; vergl. § 56 hienach). Mit Bezug auf die Äusserung dieser Zuständigkeit gilt ebenfalls das oben sub lit. a Gesagte.

c. Eine dritte Kompetenzgruppe umfasst die Liquidation des Konkursobjektes, bestehend in der Prüfung und der Kollokation der eingegebenen Forderungen (B 244 ff.). Auch hier ist gegen innen eine gewisse Abhängigkeit, jedoch nur gegenüber dem Gläubigerausschuss und nur in beschränktem Masse, zu konstatieren (B 237, Ziff. 4; vergl. unten IV, Ziff. 2).

d. Die bisher erwähnten Obliegenheiten der Konkursverwaltung haben notwendigerweise die Durchführung von Prozessen im Gefolge. B 240 ermächtigt deshalb die Konkursverwaltung auch zur Vertretung der Masse vor Gericht.

Über die Prozessfähigkeit der Konkursmasse spricht sich B nirgends aus, sieht jedoch in verschiedenen Vorschriften die Möglichkeit vor, dass gegen die Masse gerichtliche Klage angehoben werden kann (B 242, Al. 2, 250). Abgesehen hievon muss aber angenommen werden, dass in gewissen Fällen im Namen der Konkursmasse auch klagend vorgegangen werden kann, da sonst einzelne Teile des Konkurssubstrates, nämlich streitige Ansprüche, gar nicht realisiert werden könnten. Endlich aber müssen auch gewisse vom Gemeinschuldner oder gegen ihn vor der Konkurseröffnung angehobene Prozesse weitergeführt werden (B 207, Al. 1, 238, Al. 1; vergl. § 50, IV hievor). Die Vertreter der sog. Gläubigerschaftstheorie erblicken hierin eine Anerkennung der Gläubigerschaft als Rechtssubjekt.[47])

Reichel, Art. 240, N. 2. A. M. Müller, S. 86 ff., welcher das von ihm angenommene Mandatsverhältnis zwischen Gläubigerversammlung und Konkursverwaltung auch gegen aussen wirken lassen will.

[47]) So Fiori, S. 20 ff.; Jaeger, Art. 240, N. 5; SchwJZ V, 280 (Waadt). Nicht klar ist die Stellungnahme Müllers zu dieser Frage; vergl. S. 59 ff.

Diese Folgerung ist aber nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes weder zwingend noch auch notwendig. Wie oben gezeigt wurde, ist die Durchführung jener Prozesse zur Ermöglichung einer ordnungsgemässen und sichern konkursrechtlichen Liquidation erforderlich. Ihre Anhebung oder Aufnahme durch die mit der Liquidation betrauten Organe ist also nichts anderes als ein Akt der Liquidationstätigkeit selbst. Wenn dabei im Gesetze als vor Gericht auftretendes, bezw. ins Recht zu fassendes Subjekt «die Masse» bezeichnet wird (B 242, Al. 2, 250, Al. 2), so soll dadurch nur eine formelle Grundlage für die technische Durchführung des Prozesses geschaffen und dem Prozessgegner gezeigt werden, wen er in seinen Vorkehren als Gegenpartei zu bezeichnen hat.[48])

Die Durchführung aller dieser Prozesse geschieht, wie diejenige aller andern Liquidationshandlungen, durch die Konkursverwaltung. Dies ist der Sinn der ihr in B 240 erteilten Prozessvollmacht. Wenn dabei B 240 von der Vertretung vor Gericht spricht, so ist darunter auch das Auftreten in einem Administrativprozessverfahren. sowie in Beschwerdeverfahren gemäss B 17 ff. mit inbegriffen.[49]) Ebenso ist die Konkursverwaltung zum Abschluss rechtsgültiger Prozessvergleiche kompetent.[50]) Die ihr durch B 240 erteilte Prozessvollmacht ist allerdings in der Weise beschränkt, dass die Beschlussfassung über Aufnahme, bezw. Fortsetzung von Prozessen der Gläubigerversammlung, bezw. dem Gläubigerausschuss vorbehalten ist (B 237, Ziff. 3, 238, Al. 1, 253, Al. 2; vergl. oben II, Ziff. 5, lit. c, sowie

[48]) Ein «Rechtssubjekt», wie sie das Bundesgericht in SchwJZ I, 31 nennt, ist also die Masse — wenigstens im zivilrechtlichen Sinn — nicht.

[49]) Z. B. die Weiterziehung eines für die Konkursmasse, d. h. das Liquidationsergebnis ungünstigen Beschwerdeentscheides an eine obere Instanz; vergl. A V, 122, VIII, 32. Aus eigenem Interesse im Gegensatz zu demjenigen der Masse, ist die Konkursverwaltung nicht zu Weiterziehung legitimiert (vergl. A XII, 106, 126), mit Ausnahme des Falles, wo ihr eigenes Honorar in Frage steht (vergl. oben Note 44).

[50]) Ebenso BE XXIV (1), 71; A V, 121; Jaeger, Art. 240, Note 5.

unten IV, Ziff. 1). Übertritt die Konkursverwaltung diese Schranke, so kann ihr Vorgehen durch die betreibungsrechtlich Beteiligten — also nicht etwa durch den dritten Prozessgegner — beschwerdeweise angefochten werden, und es resultiert ferner u. U. daraus eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konkursverwaltung.[51]) Gegen aussen aber wirkt die durch B 240 der Konkursverwaltung erteilte gesetzliche Prozessvollmacht absolut, d. h. die Gegenpartei kann sich auf die fehlende Einwilligung der Gläubigerversammlung, bezw. des Gläubigerausschusses, weder materiell noch prozessual berufen.[52])

Als Forum der durch die Konkursverwaltung zu führenden Prozesse gilt, sofern das Konkursgericht zur Entscheidung kompetent ist (B 250, Al. 1), dieses, in allen andern Fällen das durch die einschlägige Zivilprozessordnung bestimmte. Domizil der Konkursmasse ist dabei — prozessual ausgedrückt — der Ort, wo die Konkurseröffnung erfolgte.[53])

e. Eine fernere Kompetenzengruppe der Konkursverwaltung betrifft endlich die Verteilung (B 261 ff.; vergl. § 57 hienach). Hier zeigt sich die öffentlichrechtliche Organstellung der Konkursverwaltung besonders deutlich, da sie dabei die eigentliche schuldbetreibungsrechtliche Exekution zum Abschluss zu bringen hat. Eine Einmischung der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses findet hier daher — abgesehen von der in B 237, Ziff. 5 dem Gläubigerausschuss verliehenen Rechte, Abschlagszahlungen anzuordnen — niemals statt.

f. In einem allfälligen, während des Konkurses durchzuführenden Nachlassvertragsverfahren tritt die Konkursverwaltung an die Stelle des Sachwalters (B 217, Al. 2; vergl. oben II, Ziff. 5, lit. d.)

---

[51]) Wenn die zweite Gläubigerversammlung nicht zustande kommt, so hat die Konkursverwaltung allein über die Fortführung der Prozesse zu entscheiden; vergl. A VII, 93, VIII, 39.

[52]) Ebenso Reichel, Art. 240, N. 3; Monatsblatt für bernische Rechtssprechung, Bd. XIV, 330 (Bern); dagegen einschränkend ibidem, Bd. XV, 278.

[53]) Ebenso Jaeger, Art. 240, N. 5.

IV. Der Gläubigerausschuss.

Eine Art Bindeglied zwischen Gläubigerversammlung und Konkursverwaltung bildet der Gläubigerausschuss. Auch er ist ein Hilfsorgan der konkursrechtlichen Vollstreckung; jedoch ist seine Schaffung für jeden einzelnen Fall fakultativ in das Ermessen der Gläubigerversammlung gestellt.[54])

1. Die Bestellung des Gläubigerausschusses erfolgt durch die erste Gläubigerversammlung, und zwar ist sie sowohl dann möglich, wenn die Konkursverwaltung dem Konkursamt überlassen wird, als auch im Fall der Aufstellung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung (B 237, Al. 3). Der zweiten Gläubigerversammlung kommt die Beschlussfassung über die Bestätigung des Gläubigerausschusses zu (B 253, Al. 2).

Gemäss B 237, Al. 3 ist der Gläubigerausschuss aus der Mitte der ersten Gläubigerversammlung zu ernennen, woraus zu folgern ist, dass er nur aus Gläubigern oder Gläubigervertretern zu bestehen hat, welche in der ersten Gläubigerversammlung anwesend, bezw. vertreten waren.[55])

Die Zahl der Mitglieder und die Organisation des Gläubigerausschusses werden im Gesetz nicht geregelt, weshalb die Gläubigerversammlung hierüber nach freiem Ermessen befindet. Betreffend die Honorierung der Mitglieder gelten die nämlichen Vorschriften wie für diejenige der Konkursverwaltung (vergl. oben III, Ziff. 3, lit. d).

2. Die Obliegenheiten des Gläubigerausschusses werden im Gesetz nicht abschliessend geregelt. B 237, Al. 3 bezeichnet nur gewisse Funktionen, welche ihm die Gläubigerversammlung «namentlich» übertragen darf. Dar-

---

[54]) Nach der Gläubigerschaftstheorie ist der Gläubigerausschuss Organ der Gläubigerschaft; vergl. Fiori, S. 37 ff. BE XXV (1), 121 bezeichnet ihn als Vertreter der Gläubigerversammlung.

[55]) Ebenso Jaeger, Art. 237, N. 8; Reichel, Art. 237, N. 4. Verliert ein Mitglied durch Abweisung seiner Forderung im Kollokationsplan die Gläubigerqualität, so kann es in der zweiten Gläubigerversammlung nicht bestätigt werden. Verwandtschaft mit dem Gemeinschuldner dagegen schliesst die Wählbarkeit nicht aus; vergl. SchwJZ V, 53 (Thurgau).

aus ist zu schliessen, dass die Gläubigerversammlung darüber hinaus dem Gläubigerausschuss alle diejenigen Funktionen übertragen kann, welche ihr selbst zustehen. Immerhin beschränkt sie dadurch ihre eigenen Kompetenzen nicht. Sie kann vielmehr, soweit die letztern gehen, Beschlüsse des Gläubigerausschusses jederzeit aufheben oder abändern. Ausnahmsweise überträgt das Gesetz dem Gläubigerausschuss auch selbständige Kompetenzen, welche mit denjenigen der Gläubigerversammlung nicht identisch sind. Sobald daher die Gläubigerversammlung einmal ausdrücklich oder stillschweigend in die Übernahme dieser Funktionen durch den Gläuberausschuss eingewilligt hat, kann sie ihrerseits in dieselben nicht eingreifen. Beschliesst die Gläubigerversammlung gar nichts über die Obliegenheiten des Gläubigerausschusses, so besitzt derselbe alle in B 237, Al. 3 aufgezählten und nur diese.[56]).

Die Kompetenzen des Gläubigerausschusses sind immer nur beschliessende, niemals vollziehende. Der Ausschuss kann daher im Konkursverfahren niemals selbsttätige Massnahmen treffen. Seine Beschlüsse müssen vielmehr durch die Konkursverwaltung ausgeführt werden. Hinsichtlich der Gebundenheit der letztern an jene Beschlüsse nach innen und nach aussen gilt auch hier das oben in III, Ziff. 4, lit. a und d Gesagte. Da der Gläubigerausschuss gegen aussen niemals als handelnd auftritt, so ist auch gegen seine Anordnungen eine Beschwerde nicht möglich. Anzufechten sind vielmehr die jene Anordnungen vollziehenden Massnahmen der Konkursverwaltung.[57]).

Die im Gesetze aufgezählten Obliegenheiten des Gläubigerausschusses setzen sich zusammen wie folgt:

a. Von der Gläubigerversammlung abgeleitete Kompetenzen sind:

aa. Beaufsichtigung der Geschäftsführung der Konkursverwaltung, Begutachtung der von dieser vorgelegten

---

[56]) In diesem Sinne auch BE XXIV (1), 58, XXV (1), 121.

[57]) Vergl. in diesem Sinn auch SchwJZ, IV, 252 (Luzern). Jaeger, Art. 237, N. 10 spricht von einer Anfechtung der Beschlüsse des Gläubigerausschusses vor der Gläubigerversammlung.

Fragen, Einspruch gegen jede den Interessen der Gläubiger zuwiderlaufende Massregel (B 237, Ziff. 1);

bb. Ermächtigung zur Fortsetzung des vom Gemeinschuldner betriebenen Handels oder Gewerbes mit Festsetzung der Bedingungen (B 237, Ziff. 2);

cc. Genehmigung von Rechnungen, Ermächtigung zur Führung von Prozessen, sowie zum Abschluss von Vergleichen und Schiedsverträgen (B 237, Ziff. 3; vergl. oben III, Ziff. 4, lit. d).

b. Selbständige Kompetenzen des Gläubigerausschusses sind:

aa. Erhebung von Widerspruch gegen Konkursforderungen, welche die Verwaltung zugelassen hat (B 237, Ziff. 4). Zu diesem Zwecke wird ihm der Entwurf des Kollokationsplanes zur Genehmigung unterbreitet (B 247, Al. 1; vergl. § 55, II, Ziff. 4 hienach). Da es sich hier um eine spezielle, die gemäss B 247, Al. 1 der Konkursverwaltung zustehenden Kompetenzen beschränkende Befugnis handelt, so darf diese Bestimmung nicht etwa in dem Sinne interpretiert werden, dass man dem Gläubigerausschuss auch das Recht einräumt, Konkursforderungen, welche die Konkursverwaltung abgewiesen hat, seinerseits zuzulassen. Er kann vielmehr höchstens später der Gläubigerversammlung vorschlagen, in einem vom abgewiesenen Gläubiger angehobenen Kollokationsprozess den Abstand zu erklären oder einen Prozessvergleich abzuschliessen.[58])

bb. Selbständig steht endlich dem Gläubigerauschuss auch noch zu die Anordnung von Abschlagsverteilungen an die Konkursgläubiger im Laufe des Konkursverfahrens (B 237, Ziff. 5; vergl. oben III, Ziff. 4, lit. e).

---

[58]) In diesem Sinne auch BE XXV (1), 121, XXVII (1), 116, wo zur Begründung ausdrücklich auf den amtlichen Charakter der Tätigkeit der Konkursverwaltung hingewiesen wird. Zweifel an der Richtigkeit dieses Entscheides äussert ohne weitere Begründung Jaeger, Art. 237, N. 17, und Art. 247, N. 5; ebenso Reichel, Art. 247, N. 3.

§ 52.
Abweichungen von der ordentlichen Organisation des Konkursverfahrens.

I. Allgemeine Grundsätze.

Die vorstehend skizzierte organisatorische Ausgestaltung wie auch der in den §§ 53—57 hienach darzustellende Verlauf ist für das sog. ordentliche Konkursverfahren geschaffen (B 231, Al. 4). Dasselbe bildet die regelmässige Gestalt der konkursrechtlichen Liquidation. Eine solche ist aber der Natur der Sache nach weder erforderlich noch auch denkbar, wenn kein Konkurssubstrat, d. h. keinerlei zur Konkursmasse gehörende Vermögensgegenstände vorhanden sind. In einem solchen Falle sieht der Gesetzgeber vielmehr die Einstellung des Konkursverfahrens vor. Ist dagegen ein Konkurssubstrat zwar vorhanden, reicht aber der daraus zu erzielende Erlös voraussichtlich zur Deckung der Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens nicht hin, so findet an Stelle des letztern das sog. summarische Konkursverfahren statt.

II. Die Einstellung des Konkursverfahrens.

Eine Einstellung des Konkursverfahrens hat mangels jeglichen Konkurssubstrates zu erfolgen.

1. Ihre Voraussetzung beruht demnach darin, dass nach der Konkureröffnung keinerlei zur Masse gehörendes Vermögen vorgefunden wird (B 230, Al. 1). Dies ist sowohl dann der Fall, wenn bei der Inventaraufnahme überhaupt nichts vorhanden ist und auch keine Anfechtungsansprüche gemäss B 285 ff. bestehen, als auch dann, wenn allfällig vorhandene Vermögensstücke entweder von Drittpersonen mit Erfolg zur Aussonderung beansprucht werden (B 242, Al. 1; vergl. §47, V hievor) oder aber als Kompetenzstücke gemäss B 197, Al. 1 dem Gemeinschuldner zu überlassen sind. Haften dagegen an allen vorgefundenen Vermögensstücken Pfandrechte, so kann aus diesem Grunde allein die Einstellung des Verfahrens nicht stattfinden, da gemäss B 198 auch

Pfandgegenstände zur Masse gehören und im Konkursverfahren zu verwerten sind.[1])

2. Die Anordnung der Einstellung geht vom Konkursgericht aus. Wird nämlich keinerlei in die Masse gehörendes Vermögen vorgefunden, so macht das Konkursamt dem Konkursgerichte hievon Anzeige. Das Konkursgericht beschliesst die Einstellung des Konkursverfahrens (B 230, Al. 1).[2]) Es hat dabei von Amtes wegen die Richtigkeit der vom Konkursamt, bezw. später der Konkursverwaltung, gemachten Angaben zu prüfen, wobei es berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, den Gemeinschuldner oder bestimmte Gläubiger einzuvernehmen. Eine Weiterziehung des konkursgerichtlichen Entscheides an eine obere Gerichtsinstanz wird in B 230 nicht vorgesehen, und es ist deshalb sehr zweifelhaft, ob das kantonale Recht von sich aus eine solche Möglichkeit statuieren kann.[3])

Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt, mit der Anzeige, dass, falls nicht binnen zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens begehre und für die Kosten hinreichende Sicherheit leiste, das Verfahren geschlossen werde (B 230, Al. 2). Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird, unter Vorbehalt der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde, durch das Konkurs-

---

[1]) Dagegen sind in einem solchen Falle u. U. die Voraussetzungen für die Einschlagung des summarischen Konkursverfahrens gegeben (vergl. unten, III). Ebenso Jaeger, Art. 230, N. 1; Brüstlein in A I, 94; vergl. auch A II, 36.

[2]) Trotz des Wortlautes in B 230, Al. 1, wo nur vom Konkursamt als anzeigender Behörde die Rede ist, kann, wenn später — z. B. nach durchgeführtem Widerspruchsprozess gemäss B 242 oder nach erfolgtem Entscheid der Aufsichtsbehörde über die Kompetenzqualität gewisser Vermögensstücke — das Konkurssubstrat auf Null reduziert wird, auch die Konkursverwaltung dem Konkursgericht davon Anzeige machen, welches auch noch in diesem Stadium die Einstellung des Konkursverfahrens verfügen kann; vergl. A XI, 55.

[3]) Dies geschieht tatsächlich in Zürich EG 67, 68, Thurgau EG, 14, Genf EG, 21, 23; vergl. Jaeger, Art. 230, N. 4, welcher die Kompetenz der Kantone bejaht, fälschlicherweise aber auch Luzern anführt; vergl. SchwJZ V, 30.

amt, bezw. die Konkursverwaltung festgesetzt.[4]) Ist die Sicherheit geleistet, so hebt das Konkursgericht die verfügte Einstellung wieder auf, und der Konkurs wird im ordentlichen Verfahren durchgeführt. Wird dagegen eine Fortführung des Konkurses nicht verlangt oder keine genügende Sicherheit geleistet, so bleibt die Einstellung definitiv.[5]) Die Kosten des ganzen Verfahrens trägt gemäss B 169 der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren gestellt hat (vergl. § 43, IV, Ziff. 1, lit. bb hievor).

3. Die Wirkung der Einstellung gemäss B 230 kann natürlich derjenigen eines durchgeführten Konkursverfahrens nicht gleichgestellt werden, da eben eine konkursrechtliche Liquidation nicht stattgefunden hat. Der Gemeinschuldner kann sich daher später einer neu angehobenen Betreibung gegenüber niemals auf B 265, Al. 2 berufen, d. h. den Nachweis neuen Vermögens verlangen,[6]) wie denn auch kein Verlustschein ausgestellt wird und die in B 265 vorgesehenen Wirkungen eines solchen nicht eintreten.[7])

Dagegen bleiben die Wirkungen, welche das Gesetz der Konkurseröffnung beilegt, nach wie vor bestehen. Eine vor der Konkurseröffnung hängige Betreibung kann deshalb mit Rücksicht auf die Vorschrift in B 206 nach der Einstellung des Konkurses regelmässig nicht fortgesetzt werden.[8])

---

[4]) Ebenso Reichel, Art. 230, N. 4; Jaeger, Art. 230, N. 8; A II, 112.

[5]) Reichel, Art. 230, N. 9 verlangt hiezu noch ein besonderes Schlusserkenntnis des Konkursgerichtes, was nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht gerechtfertigt ist. Richtig Jaeger, Art. 230, N. 9.

[6]) Ebenso BE XXIII, 262, XXXIV (2), 38; Jaeger, Art. 230, N. 9; Reichel, Art. 230, N. 8.

[7]) Ebenso Reichel, Art. 230, N. 8; dagegen Brüstlein in A II, 8, welcher die Möglichkeit einer Anfechtungsklage anzunehmen scheint.

[8]) Ebenso Jaeger, Art. 230, N. 9; BE XXIII, 260, XXVII (1), 60; unbestimmt BE XXXII (1), 59. Eine Ausnahme macht die Praxis bei der Betreibung auf Pfandverwertung; vergl. BE XXVII (1), 60, XXIX (1), 111, XXXII (1), 53 und dazu § 50 hievor, Note 24.

Die im eingestellten Konkursverfahren vom Konkursamt, bezw. von der Konkursverwaltung vorgenommenen Rechtshandlungen betreibungsrechtlicher Natur fallen dahin.[9])

Keine Regelung enthält das Gesetz für den Fall, dass nach geschehener Einstellung doch noch zur Masse gehörendes Vermögen des Gemeinschuldners entdeckt wird. Es muss jedoch angenommen werden, dass hier eben die gesetzlichen Voraussetzungen einer Einstellung a priori gar nicht vorhanden waren, weshalb das Konkursgericht nach Antrag des Konkursamtes auf seine Einstellungsverfügung zurückzukommen hat. [10])

III. Das summarische Konkursverfahren.

Dasselbe wird eingeleitet, wenn das Konkursamt findet, dass der Erlös der bei Aufnahme des Inventars vorgefundenen Vermögensstücke voraussichtlich zur Deckung der Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens nicht hinreicht (B 231, Al. 1). Nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes ist anzunehmen, dass das summarische Verfahren — im Gegensatz zur Einstellung gemäss B 230 — nur während des Feststellungsstadiums durch das inventarisierende Konkursamt angeregt werden kann. Hat einmal die erste Gläubigerversammlung stattgefunden und ist die Konkursverwaltung bezeichnet, so hat damit eben schon das ordentliche Ver-

---

Wird gegen die Wiederaufnahme einer Betreibung Beschwerde geführt, so hat die Aufsichtsbehörde die Gesetzmässigkeit der geschehenen Einstellung nicht zu überprüfen; vergl. BE XXVII (1), 60.

[9]) Dies gilt namentlich hinsichtlich einer gemäss B 260 vorgenommenen Abtretung eines Anspruches an einen Gläubiger, da diese Abtretung einen Teil des Verwertungsverfahrens bildet. BE XXXIII (1), 34 lässt die Entscheidung der Frage selbst offen, stellt aber fest, dass jedenfalls nicht die Aufsichtsbehörde darüber zu entscheiden hätte.

[10]) BE XXVII (1), 104 sieht vor, dass das Konkursamt in einem solchen Fall in der ihm gutscheinenden Weise im Interesse der Gläubigerschaft vorzugehen habe. Wie oben auch Jaeger, Art. 230, N. 1, welcher richtig hervorhebt, dass jedenfalls B 269 nicht anwendbar ist.

fahren in seinen charakteristischen Teilen begonnen und kann nicht mehr ausgewechselt werden.

1. Voraussetzung des summarischen Konkursverfahrens ist das Vorhandensein eines Konkurssubstrates — sei es in Gestalt von zur Masse gehörenden Vermögensstücken des Gemeinschuldners, sei es in Form eines Anfechtungsanspruches der Masse gemäss B 285 ff. — jedoch in zur Kostendeckung ungenügendem Werte. Trotz des — etwas unklaren — Wortlautes in B 231, Al. 1 darf dabei nicht auf den Gesamtwert aller bei der Inventaraufnahme vorgefundenen Vermögensstücke abgestellt werden. In erster Linie fallen natürlich die Kompetenzstücke ausser Betracht; desgleichen aber solche Vermögensstücke, an denen Pfandrechte haften, soweit nicht die letztern durch den Wert der Sache überstiegen werden. Dies aus dem Grunde, weil gemäss B 262, Al. 2 auf den Erlös von Pfandgegenständen nur die Kosten ihrer Verwaltung und Verwertung verlegt werden sollen.[11])

2. Die Einleitung des summarischen Konkursverfahrens geschieht immer durch Verfügung des Konkursgerichtes. Ihm hat nämlich das Konkursamt gemäss B 231, Al. 1 seine Wahrnehmung von der Insuffizienz des Konkurssubstrates zur Kostendeckung anzuzeigen. Das Konkursgericht hat die Sache von Amtes wegen und ohne Einleitung eines Parteiverfahrens zu untersuchen und seine Verfügung zu treffen. Eine Weiterziehung an die obere Gerichtsinstanz ist ausgeschlossen.[12]) Teilt das Konkursgericht die Ansicht des Konkursamtes, so wird gemäss B 231, Al. 2 ohne weiteres das summarische Konkursverfahren eingeleitet und zwar, ohne dass vorher — wie bei

---

[11]) So richtig Brand, Wann ist das ordentliche Konkursver-verfahren durchzuführen?; A XII, 61.

[12]) Ebensowenig kann natürlich die Aufsichtsbehörde auf eine Prüfung der Frage eintreten, ob das summarische Verfahren mit Recht eingeleitet wurde oder nicht; vergl. BE XXIV (1), 69. Jaeger, Art. 231, N. 5 hält das kantonale Recht für befugt, eine Weiterziehung vorzusehen, wie dies auch tatsächlich in den EG von Zürich, Zug, Thurgau, Tessin, Genf geschieht, jedoch als bundesrechtswidrig zu betrachten ist.

der Einstellung gemäss B 230 — eine besondere orientierende Publikation erlassen wird. Dagegen kann bis zur geschehenen Verteilung des Erlöses ein Gläubiger jederzeit das ordentliche Konkursverfahren begehren, sofern er für die Kosten desselben einen hinreichenden Vorschuss leistet (B 231, Al. 2). Eine Frist hiezu wird ihm nicht angesetzt, sondern der Übergang zum ordentlichen Konkursverfahren findet eben erst statt, wenn der bestimmte Kostenvorschuss tatsächlich geleistet ist.[13]) Ist dies einmal geschehen, so wird das ordentliche Konkursverfahren vom Konkursamt sofort eingeleitet, ohne dass es hiezu einer besondern Verfügung des Konkursgerichtes bedürfte. Die Höhe des zu leistenden Kostenvorschusses wird, unter Vorbehalt der Beschwerde, durch das Konkursamt festgesetzt. Die Kostenhaftung des antragstellenden Gläubigers ist keine unbeschränkte, sondern sie bleibt auf den Betrag des geleisteten Vorschusses beschränkt, da in B 231, Al. 2 — im Gegensatz zu B 169 — nur eine Kostenvorschusspflicht, nicht aber eine allgemeine Haftbarkeit für die Kosten statuiert wird.[14])

Die geschehene Umwandlung des Konkursverfahrens hat nicht rückwirkende Kraft in dem Sinne, dass damit die während des summarischen Verfahrens getroffenen Massnahmen dahinfallen würden.[15])

3 Die Durchführung des summarischen Konkursverfahrens selbst ist im Gesetz sehr unzulänglich und unklar geordnet. Es müssen daher, soweit nicht das Gegenteil aus den Vorschriften in B 231, Al. 3 hervorgeht, die für das ordentliche Konkursverfahren aufgestellten Grundsätze analog angewendet werden.[16]) Der Hauptunterschied gegen-

---

[13]) Ebenso A II, 112.

[14]) In diesem Sinne auch BE XXIV (1), 95, wo speziell die Frage erörtert wird, ob der antragstellende Gläubiger auch für die Kosten eines einzuleitenden Anfechtungsprozesses gemäss B 285 ff. hafte. Die Frage ist nach dem oben Gesagten in dem Sinne zu bejahen, dass das Konkursamt bei Feststellung des vor Einleitung des ordentlichen Verfahrens zu fordernden Vorschusses auch jene Kosten berücksichtigen kann.

[15]) Ebenso BE XXX (1), 37.

[16]) Ebenso Jaeger, Art. 231, N. 9.

über dem ordentlichen Konkursverfahren besteht darin, dass hier die dort vorgesehenen besondern Organe, Gläubigerversammlung, Konkursverwaltung und Gläubigerausschuss nicht zu funktionieren haben, sondern das ganze Verfahren vom Konkursamt als solchem selbständig durchgeführt wird.[17]) Dies ist offenbar der Sinn der Vorschrift in B 231, Al. 3, wonach das Konkursamt die Vermögensstücke mit bestmöglicher Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger verwertet und den Erlös «ohne weitere Förmlichkeiten» verteilt.[18])

Die einzelnen Stadien des ordentlichen Konkursverfahrens sind, soweit sie der Natur der Sache nach überhaupt in Betracht kommen, im summarischen Verfahren ebenfalls einzuhalten.

Das Feststellungsverfahren besteht hier lediglich aus dem Erlass des Schuldenrufes, da die Inventaraufnahme eben schon vor der Einleitung des summarischen Verfahrens stattgefunden hat. Der Schuldenruf unterscheidet sich von demjenigen im ordentlichen Verfahren dadurch, dass die Gläubiger aufgefordert werden, ihre Forderungen binnen zwanzig Tagen — anstatt binnen eines Monats — dem Konkursamt einzugeben (B 231, Al. 3).

Der Unterschied in der Verwaltung der Konkursmasse besteht darin, dass hier das Konkursamt alle Massnahmen von sich aus trifft. Auf Prozesse kann es sich aber wohl nur einlassen, sofern zur Deckung der Kosten genügend Vermögen vorhanden ist, oder ein Gläubiger dafür Sicherheit leistet.

Eine Erwahrung und Kollokation der ein-

---

[17]) Dies ist auch die Ansicht Reichels in Art. 231, N. 4. Dagegen will Jaeger, Art. 231, N. 9 «unter Umständen» (?) die Einberufung einer Gläubigerversammlung zulassen.

[18]) Für die Kosten des summarischen Verfahrens haftet gemäss B 169 grundsätzlich der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren gestellt hat. Da jedoch in B 169 diese Haftung ausdrücklich auf die bis zur ersten Gläubigerversammlung entstehenden Kosten beschränkt wird, im summarischen Verfahren aber keine Gläubigerversammlung stattfindet, muss eben in analoger Weise hier die Kostenpflicht auf das Feststellungsverfahren beschränkt werden.



gegebenen Forderungen muss ebenfalls stattfinden, da der Kollokationsplan die Grundlage für die Ausstellung der Verlustscheine bildet.[19]) Die Aufnahme von Kollokationsprozessen kann jedoch nur geschehen, sofern zur Kostendeckung genügendes Vermögen vorhanden ist oder ein Gläubiger dafür Vorschuss oder Sicherheit leistet.

Die Verwertung stimmt mit dem ordentlichen Verfahren überein, nur kann hier das Konkursamt freihändige Verkäufe (B 256) von sich aus anordnen.

Das Verteilungsverfahren wird der Natur der Sache nach meist illusorisch sein.[20]) Dagegen hat das Konkursamt jedem zu Verlust kommenden Gläubiger einen Verlustschein auszustellen, welcher die in B 265 vorgesehenen Wirkungen äussert.

Die Form des Schlussverfahrens ist kontrovers. B 231, Al. 3 sieht vor: «Der Schluss des Verfahrens wird öffentlich bekannt gemacht». Daraus hat man zu Unrecht geschlossen, dass Schlussbericht und Schlusserkenntnis gemäss B 268 wegfallen.[21]) Eine gerichtliche Kontrolle ist gerade im summarischen Verfahren doppelt notwendig.

§ 53.

Die Feststellung der Konkursmasse.

I. Begriff und Bedeutung.

Die Feststellung der Konkursmasse besteht in den notwendigen Massnahmen zur Eruierung des Konkurssubstrates einerseits und des Konkursobjektes anderseits. Den beiden Zwecken dient die Aufstellung des Konkursinventars und die Konkurspublikation verbunden mit dem Schuldenruf. Die dadurch erzielte Feststellung ist allerdings keine definitive, indem bis zum Schlusse des Verfahrens immer

[19]) Ebenso BE XXIV (1), 69.

[20]) Deshalb nimmt Reichel auch Unanwendbarkeit der Vorschrift in B 263 betr. Auflegung und Mitteilung der Verteilungsliste und der Schlussrechnung an.

[21]) So Reichel, Art. 231, N. 5; dagegen richtig Jaeger, Art. 231, N. 10.

noch zur Masse gehörende Vermögensstücke herangezogen und Konkursforderungen angemeldet werden können. Immerhin schaffen Inventar und Konkurspublikation die Grundlagen der Feststellung.

Beide Massnahmen müssen zu Beginn des Konkursverfahrens stattfinden, da von ihrem Ergebnis das weitere Vorgehen abhängig ist (vergl. § 52 hievor).

II. Das Konkursinventar.

Sofort nach Empfang des Konkurserkenntnisses schreitet das Konkursamt zur Aufnahme des Inventars über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen und trifft die zur Sicherung desselben erforderlichen Massnahmen (B 221, Al. 1).

1. Zuständig zur Inventaraufnahme ist dasjenige Konkursamt, in dessen Kreis der Konkurs eröffnet wurde. Befinden sich jedoch Vermögensstücke in einem andern Konkurskreis, so hat das Amt dieses Kreises mitzuwirken (B 221, Al. 2). Diese Rechtshilfe des Konkursamtes des Ortes der gelegenen Sache erstreckt sich auf die Eruierung der zum Konkurssubstrat gehörenden Gegenstände, auf ihre Aufzeichnung und auf die zutreffenden sichernden Massnahmen. Die Rechtsstellung des requirierenden und des requierierten Amtes ist hier die nämliche wie bei der Pfändung (vergl. § 30, II, Ziff. 1 hievor).[1])

Die Inventaraufnahme gehört zu den gesetzlichen Funktionen des Konkursamtes, auf deren Vornahme auch von der Gläubigerversammlung nicht verzichtet werden kann.[2])

2. In zeitlicher Beziehung schreibt B 221 vor, dass das Inventar sofort nach Empfang des dem Konkursamt gemäss B 176 zugestellten Konkurserkenntnisses aufgenommen werden soll. Dies setzt voraus, dass das betreffende Konkurserkenntnis in gesetzlicher Weise zustande gekommen ist (vergl. § 43 hievor, Note 56).

---

[1]) BE XXV (1), 17 nimmt dabei an, dass auch die Aufsichtsbehörde des requirierten Amtes einschreiten könne, sofern das letztere zu einem ungesetzlichen Vorgehen Hand biete; vergl. jedoch § 9, III, Ziff. 2 hievor und dazu SchwJZ III, 39 (Zürich).

[2]) Ebenso Jaeger, Art. 221, N. 3; A IV, 134.



3. Das Aufnahmeverfahren wird als solches im Gesetze nicht allgemein geregelt. Der Natur der Sache nach gehört aber dazu, dass der Konkursbeamte oder seine Angestellten die sämtlichen Vermögensstücke eruieren und in das Inventar eintragen. Der Gemeinschuldner oder, sofern derselbe gestorben oder flüchtig ist, alle erwachsenen Personen, die mit ihm in einem Haushalt lebten, sind bei Straffolge verpflichtet, dem Konkursamt alle Vermögensstücke des Gemeinschuldners anzugeben und zur Verfügung zu stellen (B 222; vergl. § 50, V, Ziff. 1, lit. a hievor). Überdies ist der Gemeinschuldner bei Straffolge gehalten, zum Zwecke der Auskunftserteilung während der Inventarisation zur Verfügung des Konkursamtes zu stehen (B 229, Al. 1; vergl. § 50, V, Ziff. 1, lit. b hievor). Nach seiner Vollendung wird das Inventar dem Gemeinschuldner mit der Aufforderung vorgelegt, sich über dessen Vollständigkeit und Richtigkeit zu erklären. Seine Erklärung wird in das Inventar aufgenommen und ist von ihm zu unterzeichnen (B 228). Immerhin ist zu bemerken, dass diese Unterzeichnung auf den rechtlichen Charakter des Inventars keinen Einfluss ausübt.[3])

4. Der Inhalt des Inventars erstreckt sich immer nur auf die Aktiven, niemals auf die Passiven der Konkursmasse. Immerhin werden die aus den öffentlichen Büchern ersichtlichen Rechte Dritter an Liegenschaften des Gemeinschuldners von Amtes wegen im Inventar vorgemerkt (B 226). Dingliche Rechte Dritter an Mobilien des Schuldners dagegen werden nicht von Amtes wegen in das Inventar aufgenommen. Vielmehr ergeht in der Konkurspublikation an alle diejenigen, welche Sachen des Gemeinschuldners als Pfandgläubiger oder aus andern Gründen besitzen, die Aufforderung, dieselben, ohne Nachteil für ihr Vorzugsrecht, binnen der Eingabefrist dem Konkursamt zur Verfügung zu stellen mit Strafandrohung für den Unterlassungsfall und mit der Beifügung, dass im Fall ungerechtfertigter Unter-

[3]) Für den Gemeinschuldner läuft vom Tage der Einsichtnahme an die Frist zur Beschwerdeführung gegen den Inhalt des Inventars; vergl. Jaeger, Art. 228, N. 3; A III, 4, IV, 41, 83, 115; dazu aber auch § 50 hievor, Note 46.

lassung das Vorzugsrecht erlösche (B 232, Ziff. 4; vergl. unten III, Ziff. 2, lit. c).

Als Aktiven sind im Inventar aufzunehmen alle körperlichen Gegenstände des Gemeinschuldners und alle Forderungsansprüche desselben, soweit sie zum exekutionsfähigen Vermögen gehören.[4] Zu diesem Zwecke ergeht in der Konkurspublikation die Aufforderung an die Schuldner des Gemeinschuldners, sich binnen der Eingabefrist als solche anzumelden, mit Strafandrohung für den Unterlassungsfall (B 232, Ziff. 3; vergl. unten III, Ziff. 2, lit. c).

Da eine genaue Ausscheidung im Stadium der Feststellung nicht möglich wäre, so wird auch die Aufnahme solcher Vermögenswerte im Inventar vorgeschrieben, deren Zugehörigkeit zur Masse mindestens zweifelhaft ist. Dies betrifft einerseits die dem Gemeinschuldner verbleibenden Kompetenzstücke gemäss B 92 (B 224; vergl. § 50, V, Ziff. 2, lit. a hievor). Anderseits sind auch solche Sachen, welche als Eigentum dritter Personen bezeichnet oder von dritten Personen als ihr Eigentum angesprochen werden, unter Vormerkung dieses Umstandes, im Inventar aufzunehmen (B 225).

In dem Inventar wird der Schätzungswert jedes Vermögensstückes verzeichnet (B 227). Die Schätzung ist dabei in gleicher Weise vorzunehmen, wie bei der Pfändung (vergl. § 30, IV, Ziff. 1 hievor). Sie übt jedoch hier — im Gegensatz zur Betreibung auf Pfändung — einen Einfluss auf die Hingabe der Gegenstände bei der Verwertung bloss hinsichtlich der Liegenschaften aus, bei welchen eine Hingabe an der ersten Versteigerung gemäss B 258, Al. 2 nur zu erfolgen hat, wenn das höchste Angebot die Schätzungssumme erreicht. Bei Mobilien findet der Zuschlag ohne Rücksicht auf diesen Punkt statt (B 258, Al. 1; vergl. § 56, II, Ziff. 3 hienach).

5. Über die rechtliche Wirkung des Inventars spricht sich das Gesetz nicht aus. Es ist daher anzunehmen, dass die Inventarisierung eine blosse Verwaltungs-

[4]) Aufzunehmen sind überdies auch allfällige Anfechtungsansprüche der Masse; vergl. Jaeger, Art. 231, N. 3.

massnahme darstellt, welche auf den rechtlichen Bestand des Konkurssubstrates und seinen Umfang keinen Einfluss ausübt.[5]) Eine Ergänzung des Inventars, d. h. eine Aufnahme weiterer Gegenstände kann somit auch noch in spätern Stadien des Konkurses durch die Gläubigerversammlung oder die Konkursverwaltung angeordnet werden.[6]) Umgekehrt aber verschafft die Aufnahme eines Gegenstandes in das Konkursinventar der Masse kein Vorrecht gegenüber einem Drittansprecher und ändert auch nichts an der Verteilung der Parteirollen im Widerspruchsprozess gemäss B 242, Al. 2.[7])

6. Mit der Inventaraufnahme hat gemäss B 221, Al. 1 das Konkursamt auch Massnahmen zur Sicherung des Konkurssubstrates zu treffen. Es muss eben dafür gesorgt werden, dass die Bestandteile des letztern erhalten bleiben. Zu diesem Zwecke schreibt B 223 die folgenden Massnahmen vor:

a. Magazine, Warenlager, Werkstätten, Wirtschaften und dergl. sind vom Konkursamte sofort zu schliessen und unter Siegel zu legen, falls sie nicht bis zur ersten Gläubigerversammlung unter genügender Aufsicht verwaltet werden können (B 223, Al. 1). Diese Verwaltung kann auch dem Gemeinschuldner selbst, bezw. dem bisherigen Geschäftspersonal übertragen werden.[8])

b. Bares Geld, Wertpapiere, Geschäfts- und Hausbücher, sowie sonstige Schriften von Belang nimmt das Konkursamt in Verwahrung (B 223, Al. 2). Die Wertgegenstände werden gemäss B 9 bei der Depositenanstalt hinterlegt (vergl. § 7, III hievor). Hinsichtlich der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners vergl. § 47 hievor, Note 8.

c. Alle übrigen Vermögensstücke sollen, solange sie nicht im Inventar verzeichnet sind, unter Siegel gelegt sein; die Siegel können nach der Aufzeichnung neu angelegt

---

[5]) Ebenso BE XXXI (1), 57.

[6]) Ebenso BE XXIV (1), 136.

[7]) Vergl. auch BE XXIV (1), 136, XXXI (1), 57. Infolgedessen ist der Drittansprecher auch niemals zur Beschwerdeführung gegen die Inventaraufnahme legitimiert; vergl. A VII, 53.

[8]) Ebenso Jaeger, Art. 223, N. 2.

werden, wenn das Konkursamt es für nötig erachtet (B 223, Al. 3).

d. Das Konkursamt sorgt für die Aufbewahrung der Gegenstände, die sich ausserhalb der vom Gemeinschuldner benützten Räumlichkeiten befinden (B 223, Al. 4). Es kann sie dem Drittinhaber vorläufig überlassen gegen die Verpflichtung, sie jederzeit zur Verfügung zu halten.

III. Die Konkurspublikation.

Das Konkursamt macht die Eröffnung des Konkurses öffentlich bekannt, sobald feststeht, dass das ordentliche Verfahren einzutreten hat (B 232, Al. 1). Es wird also regelmässig zuerst das Konkursinventar errichtet, damit das Konkursamt feststellen kann, ob voraussichtlich genügendes Vermögen zur Deckung der Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens vorhanden und nicht etwa die Voraussetzungen für die Einleitung des summarischen Konkursverfahrens gegeben sind (B 231; vergl. § 52, III hievor).

1. Die Veröffentlichung der Konkurspublikation erfolgt im kantonalen Amtsblatt und ausserdem, wenn der Gemeinschuldner im Handelsregister eingetragen war, im schweizerischen Handelsamtsblatt, sowie, nach Ermessen des Konkursamtes, überdies noch in andern Blättern (B 35; vergl. § 20, III, Ziff. 2 hievor). Jedem Gläubiger, dessen Name und Wohnort bekannt ist, stellt das Konkursamt ein Exemplar der Bekanntmachung durch nicht rekommandierte Sendung zu (B 233).

2. Der Inhalt der Konkurspublikation setzt sich aus vier verschiedenen Bestandteilen zusammen, nämlich der Bekanntmachung des Konkurses im engern Sinn, dem Schuldenruf, den Aufforderungen zur Ergänzung des Konkursinventars und der Einladung zur ersten Gläubigerversammlung.

a. Die Bekanntmachung des Konkurses im engern Sinn enthält die Bezeichnung des Gemeinschuld-

ners und seines Wohnortes sowie des Zeitpunktes der Konkurseröffnung (B 232, Ziff. 1).[9])

b. Der Schuldenruf wendet sich einerseits an die Konkursgläubiger, anderseits an die Aussonderungsberechtigten. Er enthält nämlich die Aufforderung an die Gläubiger des Gemeinschuldners und an alle diejenigen, welche Ansprüche auf die in seinen Händen befindlichen Vermögensstücke haben, binnen eines Monats seit der Bekanntmachung ihre Forderungen oder Ansprüche unter Einlegung der Beweismittel (Schuldscheine, Buchauszüge etc.) in Original oder amtlich beglaubigter Abschrift dem Konkursamt einzugeben (B 232, Ziff. 2). Hinsichtlich der Anmeldung von Forderungen, die im Grundbuch eingetragen sind, vergl. § 55, I hienach.

Die Form der Eingabe wird im Gesetz nicht näher geregelt. Die Eingabe kann deshalb auch mündlich beim Konkursamt zu Protokoll gegeben werden.[10]) Die Nichtbeilegung von Beweisurkunden macht an sich die Eingabe nicht wirkungslos. Der Anmeldende läuft jedoch Gefahr, dass sein Anspruch von der Konkursverwaltung abgewiesen und er zur Anhebung eines Kollokationsprozesses genötigt wird, in welchem bei der Beurteilung der Kostenfrage jedenfalls die Säumnis des Gläubigers zu berücksichtigen ist.[11])

Die Frist zur Eingabe beträgt regelmässig einen Monat. Für Gläubiger, welche ausserhalb Europas wohnen, kann sie durch das Konkursamt verlängert werden (B 232,

[9]) Zur Bezeichnung des Gemeinschuldners gehört die genaue Angabe der Firma, unter welcher er sein Geschäft betrieb, bezw. welcher er angehörte; vergl. A IV, 65.

[10]) Ebenso Jaeger, Art. 232, N. 11; dagegen A II, 75 (Bern). Eine schriftliche Eingabe ist nicht der Stempelpflicht unterworfen (B 16; vergl. A II, 16).

[11]) Die Gültigkeit einer Eingabe ohne Beweismittel wird auch angenommen in ZBJV XXXII, 389, XXXIII, 20 (Bern). Die Beglaubigung der Abschriften geschieht in der am Wohnsitz des Eingebenden gesetzlich vorgeschriebenen Form. Bei Abweisung der Eingabe im Kollokationsplan werden die Belege dem Eingebenden auf Verlangen zurückgestellt; vergl. BE XXIX (1), 72.



Ziff. 2). Umgekehrt wird sie bei der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft, falls schon ein erbrechtlicher Schuldenruf vorangegangen ist, auf zehn Tage herabgesetzt. Dabei wird angezeigt, dass die infolge des Schuldenrufes bereits angemeldeten Gläubiger einer nochmaligen Eingabe enthoben sind (B 234).

Die Eingabefrist ist niemals eine peremptorische. B 251, Al. 1 sieht ausdrücklich vor, dass verspätete Konkurseingaben bis zum Schlusse des Konkursverfahrens angebracht werden können.[12]) Eine Wiedereinsetzung, oder auch nur eine Rechtfertigung der Verspätung, ist dabei nicht nötig.[13]) Immerhin hat die Verspätung eine doppelte Rechtsfolge für den Gläubiger: Er hat vor allem sämtliche durch die Verspätung verursachten Kosten zu tragen und kann zu einem entsprechenden Vorschusse angehalten werden (B 251, Al. 2).[14]) Ferner aber hat er auf Abschlagsverteilungen, welche vor seiner Anmeldung stattgefunden haben, keinen Anspruch (B 251, Al. 3).

Ebensowenig wie die eigentlichen Konkursforderungen wird ein Aussonderungsanspruch durch Versäumung der in B 232, Ziff. 2 gesetzten Frist verwirkt. Er kann vielmehr geltend gemacht werden, solange nicht der auszusondernde Gegenstand verwertet und von einem Dritten gutgläubig erworben wurde.[15])

Die W i r k u n g d e r E i n g a b e ist keine absolute

---

[12]) Selbstverständlich muss es sich aber dabei um eine Forderung handeln, welche Konkursobjekt ist, d. h. schon vor der Konkurseröffnung bestand. Nicht hieher gehören daher Regressforderungen von Mitschuldnern und Bürgen des Gemeinschuldners für im Konkurs selbst gemachte Zahlungen; vergl. BE XXVI (1), 16. Um einen praktischen Erfolg zu haben, muss die verspätete Eingabe vor Auszahlung der Konkursdividende geschehen; vergl. auch BE XXX (1), 72; A VIII, 107.

[13]) Ebenso BE XXVII (1), 118.

[14]) Dazu gehören z. B. die Kosten einer Verschiebung der zweiten Gläubigerversammlung, welche erfolgen muss, damit der Konkursverwalter vor dem Stattfinden der letztern die verspätete Eingabe überprüfen kann; vergl. BE XXIII, 213.

[15]) Ebenso BE XXVI (2), 96, XXXI (1), 83; ZBJV XXXVIII, 665 (Bern); M a r t i n, p. 260.

in dem Sinne, dass der Eingebende auf die einmal angemeldeten Ansprüche beschränkt wäre. Er ist vielmehr berechtigt, seine Eingabe nachträglich abzuändern und zu ergänzen; und zwar kann dies auch noch im Kollokationsprozess geschehen.[16]) Eine solche Ergänzung ist als nachträgliche Eingabe gemäss B 251 zu behandeln.

c. Die Aufforderungen zur Ergänzung des Konkursinventars machen sich nach zwei Richtungen hin geltend:

aa. Einmal gehört hieher die Aufforderung an die Schuldner des Gemeinschuldners, sich binnen der Eingabefrist als solche anzumelden, mit Strafdrohung für den Unterlassungsfall (B 232, Ziff. 3; vergl. oben II, Ziff. 4).[17])

bb. Dem Zwecke der Inventarergänzung dient aber auch die Aufforderung an diejenigen, welche Sachen des Gemeinschuldners als Pfandgläubiger oder aus andern Gründen besitzen, dieselben, ohne Nachteil für ihr Vorzugsrecht, binnen der Eingabefrist dem Konkursamte zur Verfügung zu stellen mit Strafandrohung für den Unterlassungsfall und mit der Beifügung, dass im Falle ungerechtfertigter Unterlassung das Vorzugsrecht erlösche (B 232, Ziff. 4; vergl. oben II, Ziff. 4). In Betracht fallen dabei neben den Pfandgläubigern namentlich Retentionsberechtigte, Nutzniesser und Gebrauchsberechtigte; dagegen nicht Personen, welche eine Sache des Gemeinschuldners kraft eines obligationenrechtlichen Verhältnisses, wie Miete, Gebrauchsleihe, Depositum etc. in Händen haben, da diese keinen Besitz haben und ihnen auch kein Vorzugsrecht zusteht.[18]) Der Ausdruck «zur Verfügung stellen», wie er in B 232, Ziff. 4

---

[16]) Ebenso Jaeger, Art. 232, N. 11; BE XXIX (2), 39.

[17]) Die Unterlassung bildet ein Ungehorsamsdelikt, das durch das kantonale Recht gemäss B 25, Ziff. 3 unter Strafe zu stellen ist; vergl. BE XXIV (1), 60, sowie die kantonalen Strafvorschriften, abgedr. bei Brand und Wasem, S. 207 ff.

[18]) Ebenso Jaeger, Art. 232, N. 16. Nicht in Betracht fallen endlich Dritten gehörende Sachen, die für Ansprüche gegen den Gemeinschuldner verpfändet sind; vergl. BE XXIII, 49, XXXII (1), 117.

gebraucht wird, bedeutet nicht schlechtweg körperliche Ablieferung der Sache in die Masse. Der Besitzer des betreffenden Gegenstandes hat lediglich das Konkursamt zu benachrichtigen und seine Weisungen entgegenzunehmen, wie weiter mit der Sache verfahren werden soll. Die Konkursverwaltung nimmt dieselbe dann zur gegebenen Zeit behufs Einleitung der Verwertung in Empfang.[19])

Die Verwirkung des Vorzugsrechtes wird nur für den Fall einer ungerechtfertigten Unterlassung der Anmeldung angedroht. Sie tritt also nicht etwa von Gesetzes wegen schon mit dem unbenützten Ablauf der Eingabefrist ein, sondern erst, nachdem durch die kompetente Behörde festgestellt wurde, dass die Unterlassung der Anmeldung wirklich ungerechtfertigt war. Diese Feststellung ist in letzter Linie durch die Zivilgerichte zu treffen. Ist nämlich das betreffende Vorzugsrecht mit einem Forderungsanspruch des Berechtigten verbunden (Pfandrecht, Retentionsrecht), so wird die Konkursverwaltung, wenn sie die Verwirkung geltend machen will, das Vorzugsrecht einfach nicht in den Kollokationsplan aufnehmen. Will sich der Ansprecher dem widersetzen, so hat er gemäss B 250, Al. 2 den Kollokationsprozess anzuheben, in welchem dann über den Eintritt der Verwirkung zu urteilen ist. Ist aber das Vorzugsrecht nicht akzessorischer, sondern selbständiger Natur, wie Niessbrauch und Gebrauchsrecht, so muss es gemäss B 211, Al. 1 in eine Geldsumme umgewandelt werden, wobei der Konkursverwaltung, sofern sie die Verwirkung behaupten will, wiederum die Möglichkeit einer Abweisung im Kollokationsplan und damit der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung der Frage gegeben ist.[20]) In keinem Falle aber kann mit dem Vorzugsrecht auch das Forderungsrecht als verwirkt erklärt werden, zu dem jenes

[19]) Ebenso Jaeger, Art. 232, N. 19; von Salis, Die Kompetenz des Bundesgerichts in Betreibungs- und Konkurssachen, ZschwR, N. F., XII, 531 ff., spez. 589. Über die Entstehungsgeschichte der Vorschrift vergl. Reichel, Art. 232, N. 6.

[20]) Ebenso Jaeger, Art. 332, N. 20; Reichel, Art. 232, N. 6, während v. Salis, a. a. O., S. 593 die endgültige Entscheidung im Beschwerdeweg treffen lassen will.

als Akzessorium gehört.[21]) Gegenüber den im Ausland wohnenden Pfandgläubigern, welche Sachen des Gemeinschuldners als Pfänder besitzen, kommen die einschlägigen Bestimmungen der Staatsverträge in Betracht (vergl. § 42, III, Ziff. 2, lit. c hievor).[22])

d. Die Konkurspublikation enthält endlich noch die Einberufung einer spätestens zehn Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses abzuhaltenden ersten Gläubigerversammlung, mit der Anzeige, dass Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie Gewährspflichtige der Versammlung beiwohnen können (B 232, Ziff. 5; vergl. § 51, II, Ziff. 2 hievor).

§ 54.

Die Verwaltung der Konkursmasse.

I. Begriff, Umfang und Durchführung.

Die Verwaltung der Konkursmasse umfasst einerseits die Sorge für Beschaffung und Erhaltung der das Konkurssubstrat bildenden Vermögensstücke und anderseits die rechtliche Stellungnahme zu den als Konkursobjekt angemeldeten Ansprüchen. Ihre Aufgabe besteht demnach darin, die konkursrechtliche Liquidation derart zu fördern, dass die Verwertung des Konkurssubstrates und die Verteilung des daraus erzielten Erlöses ohne weiteres vor sich gehen können.

Die Durchführung aller dieser Massnahmen liegt der Konkursverwaltung ob (vergl. § 51, III hievor), welche dabei unterstützt wird durch die Gläubigerversammlung (vergl. § 51, II hievor) und fakultativerweise durch einen Gläubigerausschuss (vergl. § 51, IV hievor).

---

[21]) Ebenso BE XXXIII (2), 97.

[22]) Wie Jaeger, Art. 232, N. 20 und mit ihm A XI, 30, sowie SchwJZ III, 126 (Zürich) richtig annehmen, hat für diese Fälle B 232, Ziff. 4 keine praktische Bedeutung, da im Ausland liegende Pfänder eben nach den dortigen Gesetzen zu liquidieren sind.

II. Die Verwaltung des Konkursubstrates.

Gleich nach ihrer Bestellung übernimmt die Konkursverwaltung das im Feststellungsverfahren errichtete Konkursinventar samt den darin verzeichneten Vermögensstücken. Ihre Tätigkeit richtet sich zunächst auf die Ergänzung und Erhaltung dieses Komplexes (vergl. § 51, III, Ziff. 4, lit. **a** hievor).

1. In erster Linie ist Beschluss zu fassen über die Fortsetzung des Gewerbes oder Handels des Gemeinschuldners, sowie über die Frage, ob Werkstätten, Magazine oder Wirtschaftsräume des Gemeinschuldners offen bleiben sollen. Die massgebende Entscheidung in dieser Frage kommt der Gläubigerversammlung, und zwar bereits der ersten, zu (B 238, Al. 1; vergl. § 51, II, Ziff. 5, lit. c hievor). Verfügt die Gläubigerversammlung in dieser Beziehung nicht selbst, so liegt die Erteilung der Ermächtigung sowie die Festsetzung der Bedingungen einer solchen dem Gläubigerausschuss ob (B 237, Ziff. 2; vergl. § 51, IV, Ziff. 2, lit. a hievor).

Die Ausführung dieser Beschlüsse und die Überwachung des Geschäftsbetriebes besorgt die Konkursverwaltung, welche im Rahmen der ihr gegebenen Direktiven alle nötigen Anordnungen zu treffen hat.

2. Eine zweite Seite der Verwaltungstätigkeit bezieht sich auf die Instandhaltung und Aufbewahrung der körperlichen Sachen, welche zum Konkurssubstrat gehören. Die Konkursverwaltung hat hier von sich aus alle notwendigen Massnahmen anzuordnen, ohne an die schon von dem Konkursamt während des Feststellungsstadiums gemäss B 223 getroffenen Verfügungen gebunden zu sein.

Hinsichtlich der Verwaltung der zur Masse gehörenden Liegenschaften sind die Obliegenheiten der Konkursverwaltung analog denjenigen des Betreibungsamtes betreffend eine gepfändete Liegenschaft (B 102, Al. 2, 103, Al. 1; vergl. § 31, VI, Ziff. 3 hievor). Sie sorgt für Verwaltung und Bewirtschaftung, sowie für Einbringung der natürlichen und Einkassierung der zivilen Früchte. Dabei hat

sie auch zu bestimmen, wie lange der Gemeinschuldner und seine Familie im Genusse der bisherigen Wohnung in einem zur Konkursmasse gehörenden Hause zu belassen sind (B 229, Al. 3; vergl. § 50, V, Ziff. 2 hievor).

Eine Verwaltungshandlung bildet endlich auch der sog. Notverkauf. Sachen, welche einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind oder einen kostspieligen Unterhalt erfordern, werden ohne Aufschub verwertet (B 243, Al. 2). Eine Veräusserung bedeutet hier die Erhaltung des betreffenden Wertes für die Konkursmasse.[1])

Aus dem gleichen Grunde gestattet B 243, Al. 2 ebenfalls die sofortige Anordnung einer Verwertung von Wertpapieren und andern Gegenständen, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben.[2]) Es soll eben eine momentane günstige Konjunktur zum Vorteil der Masse ausgenützt werden können. Infolgedessen darf natürlich diese vorzeitige Verwertung nach dem Sinn der Gesetzesbestimmung nur dann erfolgen, wenn nicht eine spätere Kurssteigerung vorauszusehen ist.

Die vorzeitige Veräusserung, geschehe sie nun im letzterwähnten Falle oder als eigentlicher Notverkauf, ist immer als Ausnahmeverfahren zu betrachten und hat sich daher streng auf die in B 243, Al. 2 genannten Gegenstände zu beschränken. Die übrigen Bestandteile der Masse werden verwertet, nachdem die zweite Gläubigerversammlung stattgefunden hat (B 243, Al. 3).[3])

---

[1]) Vergl. die analoge Vorschrift in B 124, Al. 2 hinsichtlich gepfändeter Gegenstände (vergl. § 35, II, Ziff. 1, lit. a, bb hievor). Hier wie dort muss aber die Wertverminderungsgefahr, bezw. der kostspielige Unterhalt tatsächlich gegeben und nicht bloss möglich sein; vergl. BE XXVIII (1), 14.

[2]) BE XXX (1), 137 hebt ausdrücklich, in Erläuterung der nicht ganz klaren Fassung in B 243, Al. 2 hervor, dass sich das Erfordernis des Börsen- oder Marktpreises auch auf Wertpapiere bezieht. Grundpfandtitel gehören also nicht hieher.

[3]) Gegen einen diesen Grundsatz verletzenden Beschluss kann der Gemeinschuldner Beschwerde führen, wobei allerdings, da es sich um eine Ermessensfrage handelt, die Weiterziehung gemäss B 19 ausgeschlossen ist; vergl. BE XXX (1), 137. Eine absolute Ungültigkeit der Veräusserung ist dagegen nicht vorhanden.



Zur Vornahme vorzeitiger Verwertungen ist die Konkursverwaltung von sich aus kompetent, da das Gesetz eine Ermächtigung durch die erste Gläubigerversammlung — die zweite kommt der Natur der Sache nach meistens nicht in Betracht — oder durch den Gläubigerausschuss nicht vorsieht, und das Erfordernis der Einholung einer solchen Ermächtigung leicht den zum Verkauf geeigneten oder günstigen Zeitpunkt verpassen liesse. Aus dem nämlichen Grunde darf die Verwertung von Gegenständen im Verwaltungsstadium auch nicht an die Einhaltung der regelmässigen Verwertungsvorschriften in B 256-259 geknüpft werden. Die Konkursverwaltung ist also in einem solchen Falle befugt, aus eigener Machtvollkommenheit, d. h. ohne Begrüssung der Gläubigerversammlung und der Pfandgläubiger an Stelle der Zwangsversteigerung gemäss B 256, Al. 1, freihändige Verkäufe abzuschliessen.[4])

3. Die Verwaltung der zum Konkurssubstrat gehörenden Rechte und Forderungen gestaltet sich in analoger Weise wie diejenige gepfändeter Forderungen. Die Konkursverwaltung hat eben auch hier in erster Linie für die Erhaltung dieser Ansprüche zu sorgen durch Anordnung derjenigen Massnahmen, welche nötig sind, um den Untergang des Rechtes zu verhindern, wie z. B. Eingaben im Konkurse des Drittschuldners, im Nachlassvertrag oder in öffentlichen Inventaren; ferner Unterbrechung der Verjährung, Beobachtung der gesetzlichen Befristungen etc. (vergl. § 31, VI, Ziff. 2 hievor).[5])

Ferner werden unbestrittene fällige Guthaben der Masse von der Konkursverwaltung, nötigenfalls auf dem

---

[4]) Einen analogen Fall bei der Pfändung sieht vor B 130, Ziff. 2 und 4 (vergl. § 35, IV, Ziff. 1 hievor). A. M. Jaeger, Art. 243, N. 6, welcher immer Zustimmung der Gläubigerversammlung und eventuell der Pfandgläubiger gemäss B 256, Al. 2 verlangt.

[5]) Eine besondere Anzeige an den Schuldner des Gemeinschuldners, dass er nicht mehr gültig an den letztern zahlen kann, findet — im Gegensatz zur Pfändung (B 99) — nicht statt, da gemäss B 205, Al. 1 die Sperrung von Gesetzes wegen mit der Konkurseröffnung eintritt und durch die Konkurspublikation gemäss B 232, Ziff. 3 bekannt gemacht wird.

Betreibungswege, eingezogen (B 243, Al. 1). Ob ein Guthaben bestritten ist oder nicht, lässt sich aber überhaupt nur durch Anhebung einer Betreibung konstatieren, weshalb die Konkursverwaltung zur letztern jedenfalls bei jeder fälligen Forderung befugt und verpflichtet ist, sofern der Drittschuldner nicht freiwillig zahlt.[6]) Die Legitimation der Konkursverwaltung in einer von ihr anzuhebenden oder vom Gemeinschuldner her übernommenen Betreibung ist also von Gesetzes wegen gegeben, und es bedarf dazu weder nach aussen noch nach innen einer Bestätigung seitens der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses.[7])

Führt die Einleitung der Betreibung zu einem Rechtsvorschlag des Drittschuldners, so ist die Konkursverwaltung auch kompetent zur Erwirkung der Rechtsöffnung, da diese einen Bestandteil des Betreibungsverfahrens bildet. Wird jedoch die Anhebung eines Prozesses gemäss B 79 notwendig, so hat sie darüber die Beschlussfassung der Gläubigerversammlung, bezw. des Gläubigerausschusses zu veranlassen (vergl. § 51, III, Ziff. 4, lit. d hievor). Statt dessen kann aber auch die bestrittene Forderung als solche versteigert werden, sofern nicht die Gläubigerversammlung darauf verzichtet und eine Abtretung gemäss B 260 an einzelne Gläubiger erfolgt.

III. Die Behandlung von Aussonderungsansprüchen.

Die Konkursverwaltung verfügt über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten als Eigentum angesprochen werden (B 242, Al. 1).[8]) Diese Verfügung stellt

---

[6]) Ebenso Jaeger, Art. 243, N. 1, sowie Brüstlein in der Anmerkung zu A V, 140, im Gegensatz zu dem dort abgedruckten Entscheid.

[7]) Vergl. auch BE XXVI (2), 62.

[8]) Dadurch, dass die Konkursverwaltung das in B 242 vorgesehene Verfahren einschlägt, d. h. den Dritten zur Anhebung des Widerspruchsverfahrens nötigt, macht sie sich niemals einer unerlaubten Zurückbehaltung der dem Dritten gehörenden Sache schuldig, sofern nicht ihrerseits geradezu ein doloses Verhalten vorliegt. Eine Schadenersatzpflicht der Konkursmasse tritt daher nicht ein: vergl. BE XXXI (2), 19, XXXII (2), 39.

einen Befund darüber dar, ob der vom Dritten herausverlangte Gegenstand als Teil des Konkurssubstrates zu betrachten und daher in die konkursrechtliche Liquidation einzubeziehen ist oder nicht. Das Verfahren und seine Wirkungen sind deshalb begrifflich dem Widerspruchsverfahren gleichzusetzen, wie es in B 106 ff. für die Betreibung auf Pfändung vorgesehen ist (vergl. § 32 hievor).[9])

1. Die Voraussetzungen des Verfahrens machen sich nach zwei Richtungen hin geltend:

a. Es muss sich um eine Sache handeln, welche bis jetzt zum Konkurssubstrat gerechnet wurde und sich im Gewahrsam der Konkursverwaltung befindet.[10]) Der Begriff des Gewahrsams ist dabei derselbe, wie er auch in B 106 vorgesehen ist. Er bedeutet — ganz abgesehen von allen rechtlichen Verhältnissen an der Sache — die durch rein tatsächliche Umstände geschaffene Gewalt über die letztere, welche dem Inhaber gestattet, über die Sache körperlich zu verfügen (vergl. § 32, II hievor im Anfang). Ein rein körperliches Gewaltsverhältnis geht also einem rechtlichen vor, und es ist die Frage des Gewahrsams an Hand der tatsächlichen Verhältnisse

[9]) A. M. Reichel, Art. 242, N. 20; Jaeger, Art. 242, N. 6, welche annehmen, dass es sich hier um eine Vindikation handelt.

[10]) Befindet sich die Sache, welche von der Konkursverwaltung als zum Konkurssubstrat gehörig betrachtet wird, im Gewahrsam eines Dritten, so findet B 242 nicht Anwendung. Es handelt sich dabei vielmehr einfach um die Geltendmachung eines dem Gemeinschuldner zustehenden und deshalb zur Konkursmasse zu ziehenden Eigentumsanspruches, welcher im Streitfall durch die gewöhnliche Vindikationsklage unter den im Zivilrecht und Zivilprozessrecht vorgesehenen Bedingungen zur Anerkennung zu bringen ist. Ein dem in B 109 für die Betreibung auf Pfändung vorgesehenen ähnliches Widerspruchsverfahren gibt es hier nicht, weil es an einem grundlegenden, der Pfändung analogen formellen Akte fehlt, wodurch eine im Gewahrsam des Dritten befindliche Sache in den Exekutionsnexus einbezogen würde. Im Ergebnis gleich: Jaeger, Art. 242, N. 3; Reichel, Art. 243, N. 6; BE XXIV (1), 74, 101, XXV (1), 17, XXVI (1), 26, XXVII (1), 39, XXXI (1), 22. Dagegen ist es unerheblich, ob die Masse, falls sie den Gewahrsam besitzt, den Streit mit dem Dritten selbst aufnimmt oder ob ein Gläubiger gemäss B 260 Abtretung des Anspruches erhielt; vergl. A X, 103.

von Fall zu Fall zu beurteilen.[11]) An dem faktischen Gewahrsam wird durch konkursrechtliche Massnahmen nichts geändert, namentlich also auch nicht durch Aufnahme eines Gegenstandes, der sich nicht in der Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners befindet, in das Konkursinventar gemäss B 221, Al. 1 (vergl. § 53, II, Ziff. 5 hievor, spez. Note 7).

Der Gewahrsam der Masse an der betreffenden Sache muss zur Zeit der Geltendmachung des Aussonderungsanspruches gegeben sein. Ob er dagegen zur Zeit der Konkurseröffnung schon existierte, ist unerheblich.[12])

Das Widerspruchsverfahren gemäss B 242 ist immer nur hinsichtlich körperlicher Gegenstände, niemals dagegen mit Bezug auf Forderungen und Rechte anwendbar. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Begriffe des Gewahrsams, welcher ihm zur Grundlage dient und bei Rechten der Natur der Sache nach nicht in Betracht fällt, sondern auch aus den Umständen des Falles selbst. Sieht nämlich die Konkursverwaltung eine bestimmte Forderung als dem Gemeinschuldner zustehend und deshalb zum Konkurssubstrat gehörend an, so kann sie dieselbe gemäss B 243, Al. 1 gegenüber dem Drittschuldner direkt eintreiben (vergl. oben II, Ziff. 3). Der letztere wird aber durch Zahlung an die Konkursverwaltung natürlich nur dann befreit, wenn der Gemeinschuldner wirklich sein Gläubiger war und nicht etwa der Drittansprecher. Nur unter der nämlichen Bedingung geht im Falle der Versteigerung einer Forderung die Gläubigerqualität an den Ersteigerer über. Ist der Drittansprecher wirklich Gläubiger, so kann er unbekümmert um die Verfügungen der Konkursverwaltung vom Drittschuldner jederzeit einfordern. Er braucht sich also

[11]) Vergl. die oben in Note 10 zit. Urteile, sowie § 32 hievor, Noten 14 und 15. Die Auswirkung eines Besitzschutzbefehls oder die Eintragung der Liegenschaft im Grundbuch zu Gunsten des Gemeinschuldners sind für den körperlichen Gewahrsam ohne Belang; vergl. BE XXIV (1), 74, XXVI (1), 26. Steht ein Grundstück im Mitbesitz des Gemeinschuldners und des Dritten, so findet B 242 nicht Anwendung; vergl. BE XXIV (1), 101.

[12]) Ebenso BE XXIV (1), 138; a. M. BE XXVI (1), 26, sowie Jaeger, Art. 242, N. 3.

hier zur Geltendmachung seines Rechtes gar nicht an die Konkursverwaltung zu wenden.[13]) Der Drittschuldner seinerseits wird aber, sofern ein derartiger Streit um den Anspruch besteht, die Leistung deponieren können, worauf die Forderung im ordentlichen Prozessweg einzuklagen ist.

b. Zweite Voraussetzung des Widerspruchsverfahrens gemäss B 242 ist die Erhebung eines Eigentumsanspruches seitens des Dritten an der im Gewahrsam der Konkursverwaltung befindlichen Sache (B 242, Al. 1). Andere dingliche Rechte, wie Pfandrecht, Niessbrauch etc. begründen keinen Aussonderungsanspruch und hindern begrifflich eine konkursrechtliche Verwertung der Sache nicht. Das Verfahren gemäss B 242, Al. 1 ist daher auf sie nicht anwendbar; sie müssen vielmehr, sofern sie nicht aus dem Grundbuch hervorgehen (B 246), im Wege einer gewöhnlichen Konkurseingabe geltend gemacht werden, worauf dann im Streitfall im Kollokationsprozess gemäss B 250 über ihren Bestand entschieden wird. Das nämliche ist selbstverständlich auch der Fall mit Bezug auf bloss obligatorische Ansprüche des Dritten betreffend Lieferung einer Sache durch den Gemeinschuldner, bezw. die Konkursmasse. Diese Ansprüche sind gemäss B 211, Al. 1 in Geldforderungen umzuwandeln (vergl. § 48, II, Ziff. 1, lit. b hievor).[14])

---

[13]) Die durch die Praxis vorgenommene Ausdehnung des Widerspruchsverfahrens gemäss B 109 auf Forderungen (vergl. § 32, I, Ziff. 2, lit. b hievor) hätte daher hier keinen Zweck. Sie wäre aber auch aus formellen Gründen nicht denkbar, weil B 242 dem Dritten immer die Klägerrolle zuweist, welche ihm in unserm Falle nicht zugemutet werden könnte; vergl. auch BE XXVIII (2), 15, XXXIII (1), 108, XXXIV (1), 123; SchwJZ, IV, 85, V, 295 (Basel).

[14]) Hieher gehört z. B. das Verlangen der Vollziehung eines vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Liegenschaftsverkaufes; vergl. BE XXXIV (1), 46 und dazu Jaeger, Art. 242, N. 3, welcher immerhin die Möglichkeit eines «obligatorischen Aussonderungsanspruches» annimmt. Ich halte einen derartigen Begriff mit Rücksicht auf B 211, Al. 1 für juristisch undenkbar. Wie oben im ganzen auch Reichel, Art. 242, N. 2, welcher aber dem Nutzniesser eine Klage nach Analogie von B 242, Al. 2 geben will, da er unrichtigerweise annimmt, dass der Nutzniesser seinen Anspruch nicht gemäss B 211, Al. 1 eingeben könne.

Durchaus unerheblich ist es jedoch, auf was für einen Rechtsgrund sich der Aussonderungsanspruch stützt.[15]) Ebensowenig kommt für die Anwendbarkeit des Verfahrens gemäss B 242 und der dort vorgesehenen Parteirollenverteilung darauf an, ob die Konkursverwaltung den betreffenden Anspruch direkt geltend macht oder ob er gemäss B 260 einem Gläubiger übertragen wurde.[16]) Endlich kann der Aussonderungsanspruch des Dritten jederzeit bis zur geschehenen Verwertung der Sache erhoben werden, da die in B 232, Ziff. 2 gesetzte Frist keinen peremptorischen Charakter hat (vergl. § 53, III, Ziff. 2, lit. b hievor).

2. Das Widerspruchsverfahren als solches ist in B 242 den Umständen entsprechend einfacher geordnet als dasjenige gemäss B 106.

a. Hält nämlich die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten für begründet, so wird sie ihm eben den Gegenstand herausgeben (argumentum e contrario B 242, Al. 2). Gestützt auf den Wortlaut in B 242, welcher ausdrücklich nur von einer Verfügung der Konkursverwaltung spricht, ist die letztere zu einer solchen Herausgabe von sich aus kompetent, ohne gegen aussen oder innen an eine ausdrückliche Ermächtigung seitens der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses gebunden zu sein.[17])

Der einzelne Konkursgläubiger kann gegen eine Verfügung der Konkursverwaltung gemäss B 242 Beschwerde

[15]) Hieher gehört also z. B. das Verlangen der Herausgabe eines Frauengutsbestandteiles durch die güterrechtlich getrennte Ehefrau des Gemeinschuldners; ebenso der Anspruch der Erben auf Herausgabe einer Sterbefallsumme bei der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft; vergl. BE XXVI (1), 69. Der Drittansprecher darf die Substanzierung seines Anspruches nachträglich verändern; vergl. BE XXVI (1), 28, XXXII (1), 64.

[16]) Ebenso BE XXVII (1), 39.

[17]) Dagegen nimmt Praxis und Doktrin als zulässig an, dass die Konkursverwaltung die Frage zuerst der Gläubigerversammlung vorlegt, da diese auch über die Aufnahme eines allfälligen Prozesses gemäss B 242, Al. 2 zu entscheiden hat. Auf die Anerkennung des Anspruches durch einzelne Konkursgläubiger kommt dagegen nichts an; vergl. BE XXVIII (1), 22.

führen. Die Aufsichtsbehörden haben jedoch über die Zulässigkeit des Aussonderungsanspruches als solchen nicht zu entscheiden. Sie können dagegen die Konkursverwaltung anweisen, dem Dritten eine Klagefrist anzusetzen. Der Gläubiger kann gegen den Dritten, dessen Aussonderungsanspruch seitens der Konkursverwaltung anerkannt wurde, nicht etwa eine Kollokationsklage gemäss B 250, Al. 2 erheben, da der Aussonderungsanspruch nicht im Kollokationsverfahren gemäss B 247 behandelt wird. Es bleibt deshalb dem Konkursgläubiger nichts anderes übrig, als von der Gläubigerversammlung in diesem Falle gemäss B 260 Abtretung des von ihm prätendierten Eigentumsanspruches des Gemeinschuldners zu verlangen (vergl. § 56, IV, Ziff. 1).[18])

b. Hält die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten für unbegründet, so setzt sie dem letztern eine Frist von zehn Tagen zur Anhebung der Klage; wird die Frist nicht eingehalten, so gilt der Anspruch als verwirkt (B 242, Al. 2).[19])

Die Fristansetzung muss den Aussonderungsgegenstand, sowie ihren eigenen Anfangspunkt genau angeben. Dagegen brauchen die Gründe, aus welchen die Konkursverwaltung den Aussonderungsanspruch des Dritten ablehnt, nicht ge-

---

[18]) Vergl. auch BE XXIII, 49, sowie BE XXII, 210 und A X, 44. Hat die Konkursverwaltung die Sache herausgegeben, so kann sich der Drittansprecher nicht auf die geschehene Anerkennung seines Rechtes berufen, da es sich dabei nicht um eine Anerkennung seines materiellen Eigentumsrechtes, sondern um ein betreibungsrechtliches Verfahren handelt. BE XXII (1), 118, A XII, 103 knüpfen aber an die Herausgabe die Folge, dass der Gläubiger, welchem gemäss B 260 abgetreten wurde, als Kläger auftreten muss, das Verfahren gemäss B 242 also nicht anwendbar ist.

[19]) Eine Erledigung der Streitfrage auf dem Beschwerdeweg ist ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn der Dritte behauptet, dass eine Anerkennung seines Anspruches durch die Konkursverwaltung tatsächlich bereits früher stattgefunden habe; vergl. BE XXIV (1), 138, XXXIV (1), 63. Dagegen ist natürlich die Beschwerde dann gegeben, wenn sich die Konkursverwaltung weigert, das Verfahren gemäss B 242 überhaupt einzuleiten; vergl. BE XXVI (1), 26, XXVIII (1), 92.

nannt zu werden, sie können vielmehr im nachfolgenden Prozess einredeweise geltend gemacht werden.[20]) Der Fristbeginn fällt mit der Mitteilung selbst zusammen.

Die Klage des Dritten ist eine Widerspruchsklage analog der in B 107 vorgesehenen. Sie besitzt auch die gleiche rechtliche Natur wie jene, d. h. sie stellt eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht dar (vergl. § 32, III, Ziff. 1 hievor), da es sich dabei — wie oben gezeigt — lediglich um die Entscheidung der Frage handelt, ob der vom Dritten als Eigentum zur Aussonderung verlangte Gegenstand als Konkurssubstrat zu dienen hat oder nicht.[21]) Hieraus ergeben sich eine Anzahl von Schlussfolgerungen:

aa. Da es sich um eine Klage betreibungsrechtlicher Natur und mit ausschliesslich konkursrechtlichem Zweck handelt, so ist der Gerichtsstand immer derjenige des Konkursortes.[22])

bb. Der Streitwert der Klage bemisst sich nach dem Schätzungswert des Gegenstandes, dessen Aussonderung verlangt wird, da dieser Wert der Verminderung des Konkurssubstrates entspricht, welche beim Zuspruch der Klage eintreten würde.

cc. Das Prozessverfahren wird in B 242, Al. 2 nicht näher umschrieben. Seine Regelung ist daher den Kantonen überlassen, welche entweder das gewöhnliche

---

[20]) Ebenso Jaeger, Art. 242, N. 5; vergl. auch BE XXII, 37. Jedenfalls aber muss die durch die Konkursverwaltung vorgenommene Fristansetzung eine vorbehaltslose sein; vergl. BE XXIII, 177.

[21]) A. M. Jaeger, Art. 242, N. 2 und Reichel, Art. 242, N. 4, sowie BE XXXII (1), 31, welche die Klage als eigentliche Vindikation auffassen. Von der nämlichen Anschauung ausgehend wird in SchwJZ III, 205 (Basel-Stadt) angenommen, dass die Konkursverwaltung im Falle von B 242 auch an einen vom Gemeinschuldner mit Bezug auf die betreffende Sache abgeschlossenen Schiedsgerichtsvertrag gebunden sei. Dies ist aber jedenfalls mit der konkursrechtlichen Natur der Klage nicht vereinbar.

[22]) Ebenso Jaeger, Art. 242, N. 6. Dagegen will Reichel, Art. 242, N. 4 den Gerichtsstand der gelegenen Sache eintreten lassen.



Zivilprozessverfahren oder aber das beschleunigte Verfahren eintreten lassen können (vergl. § 11, II, Ziff. 2 hievor).[23])

dd. Die Wirkungen des Urteils in diesem Prozess können sich der Natur des Streitverfahrens nach immer nur mit Bezug auf das in Frage stehende Konkursverfahren selbst geltend machen. Wird daher die Klage des Dritten zugesprochen, so muss ihm die Sache herausgegeben werden.[24]) Im Falle eines Konkurswiderrufes dagegen steht das gefällte Urteil einer zivilrechtlichen Vindikationsklage des gewesenen Gemeinschuldners ebensowenig im Wege, wie umgekehrt einer solchen des im Widerspruchsprozess abgewiesenen Dritten gegenüber dem gewesenen Gemeinschuldner.[25]) Wurde jedoch das Konkursverfahren vollständig zu Ende geführt, so kann der Gemeinschuldner nicht etwa nachträglich vom Dritten die ihm durch Urteil zugesprochene oder von der Konkursverwaltung freiwillig herausgegebene Sache zurückverlangen, da es sich dabei um einen durch die Konkursverwaltung in den Grenzen ihrer sachlichen Kompetenz erledigten Konkursanspruch handelt.

Ganz gleich verhält es sich mit der Verwirkung des Aussonderungsanspruches infolge Versäumung der gemäss B 242, Al. 2 dem Dritten angesetzten Frist. Diese Versäumung wird regelmässig, sofern der Konkurs durchgeführt wird, die konkursmässige Verwertung der Sache und damit den endgültigen Verlust desselben für den Dritten zur Folge haben. Wird dagegen der Konkurs widerrufen, so

---

[23]) Ebenso Reichel, Art. 242, N. 4. BE XXI, 86 sieht ungenauerweise schlechtweg das ordentliche Prozessverfahren vor. Jedenfalls geht aber die Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers nicht so weit, dass er beliebig bestimmen kann, was unter Klageanhebung gemäss B 242, Al. 2 zu verstehen ist, indem er ihr z. B. die Anhängigmachung der Sache beim Friedensrichteramt gleichsetzt; vergl. BE XXXIII (1), 96; SchwJZ IV, 221.

[24]) BE XXXII (2), 100 macht auch mit Recht darauf aufmerksam, dass die Konkursverwaltung dem Dritten im Prozess gemäss B 242, Al. 2 nicht etwa ein zu seinen Ungunsten in einem frühern Prozess gemäss B 107 ergangenes Urteil mit der exceptio rei judicatæ entgegenhalten kann.

[25]) Unentschieden Jaeger, Art. 242, N. 6.

bleibt der Vindikationsanspruch des Dritten gegen den gewesenen Gemeinschuldner, eventuell, falls die Sache nicht mehr vorhanden ist, sein Ersatzanspruch durch die Verwirkungsbestimmung in B 242, Al. 2 unberührt.[26])

§ 55.

Fortsetzung: Die Prüfung und Erwahrung der Konkursforderungen.

I. Das Prüfungsverfahren.

Nach Ablauf der Eingabefrist prüft die Konkursverwaltung die eingegebenen Forderungen und macht die zu ihrer Erwahrung nötigen Erhebungen (B 244). Die Vornahme dieser Prüfung liegt also ausschliesslich der Konkursverwaltung ob, ohne irgend welche Mitwirkung der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses. Dagegen holt die Konkursverwaltung über jede Konkurseingabe die Erklärung des Gemeinschuldners ein (B 244). Dieselbe dient jedoch lediglich zur Orientierung der Konkursverwaltung, ohne irgendwelche bindende Bedeutung für die Anerkennung oder Kollokation der Forderung im Konkursverfahren zu besitzen (B 245; vergl. § 50, V, Ziff. 1 hievor).[1]) Dagegen ist sie von Einfluss auf einen im Konkurs ausgestellten Verlustschein, indem der letztere bei erfolgter Anerkennung der Konkursforderung seitens des Gemeinschuldners als Schuldanerkennung gemäss B 82 gilt (B 265, Al. 1; vergl. § 57, III, Ziff. 4, lit. a hienach).

1. Objekt der von der Konkursverwaltung vorzunehmenden Prüfung sind regelmässig nur diejenigen Ansprüche,

---

[26]) Ebenso Jaeger, Art. 242, N. 7, Reichel, Art. 242, N. 3.

[1]) Die Unterlassung einer Einholung der schuldnerischen Erklärung ist für die Gültigkeit der Kollokation ohne Belang. Der Gemeinschuldner kann aber jederzeit auf dem Beschwerdewege ihre Nachholung verlangen, in welchem Falle die Aufsichtsbehörde eine neue Prüfung der Forderungen, durch die Konkursverwaltung, bezw. wenn ihr genügende Gründe vorzuliegen scheinen, eine Abänderung des aufgestellten Kollokationsplanes anordnen kann Ebenso v. Salis, Die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkurssachen, ZschwR, N. F., XII, 531 ff., spez. 588; Jaeger, Art. 244, N. 5. Unklar A II, 21 (Bundesrat).

welche gemäss B 232, Ziff. 2 oder gemäss B 251, Al. 1 ausdrücklich angemeldet wurden (vergl. § 53, III, Ziff. 2, lit. b hievor). Einzig die aus den Grund- und Hypothekenbüchern ersichtlichen Forderungen werden samt dem laufenden Zinse unter die Konkursforderungen aufgenommen, auch wenn sie nicht eingegeben wurden (B 246). Bei derartigen Ansprüchen braucht also der Gläubiger lediglich die ausstehenden fälligen Jahreszinse, sowie solche Nebenfolgen anzumelden, welche sich aus dem Grundbuch nicht ergeben. Alles andere wird von Amtes wegen berücksichtigt.[2]) Und zwar bezieht sich diese Berücksichtigung — trotz des Wortlautes in B 246 — nicht nur auf Geldforderungen, sondern auch auf andere Ansprüche, wie Grundlasten, Dienstbarkeiten etc. Das Grundstück wird eben unter ausdrücklichem Vorbehalt dieser Lasten verwertet (B 135, Al. 1, 259, ZGBE 60; vergl. § 56, II, Ziff. 2 hienach).[3])

2. Der Umfang der Prüfung erstreckt sich auf die Rechtsbeständigkeit des Anspruches, auf die Legitimation des Gläubigers zu seiner Geltendmachung und auf die Zugehörigkeit zum Konkursobjekt. Zur Feststellung dieser Punkte hat die Konkursverwaltung in erster Linie auf die vom Gläubiger gemäss B 232, Ziff. 2 beizulegenden Beweismittel abzustellen, sie kann aber auch von sich aus die nötigen Massnahmen zur Erwahrung treffen. Ihre Prüfung soll eine durchaus objektive und genaue sein, damit einerseits nicht etwa eine Forderung zur Deckung aus dem Konkursergebnis zugelassen wird, die darauf keinen Anspruch hat, wodurch die Gesamtheit der Konkursgläubiger geschädigt würde, anderseits aber auch nicht eine Forderung unberechtigterweise abgewiesen und dadurch ein unnützer Kollokationsprozess veranlasst wird. Immerhin ist die Konkursverwaltung nicht verpflichtet, an Stelle eines säu-

---

[2]) Reich'el, Art. 246, N. 2 will eine solche Berücksichtigung von Amtes wegen nur insofern zulassen, als die betreffende Forderung durch den Erlös des Grundpfandes wirklich gedeckt wird.

[3]) Vergl. Jaeger, Art. 245, N. 3.

migen Gläubigers die Beweismittel für den Bestand seiner Forderung herbeizuschaffen.[4])

3. Das Resultat der Prüfung äussert sich in materieller Beziehung in der Anerkennung oder Ablehnung der Forderung, formell in der Art und Weise ihrer Verzeichnung im Kollokationsplan (vergl. unten II).

Die Konkursverwaltung entscheidet über die Anerkennung der Forderungen. Sie ist hiebei an die Erklärung des Gemeinschuldners nicht gebunden (B 245). Die Entscheidungsbefugnis der Konkursverwaltung erstreckt sich auf alle Konkursforderungen, also auch auf diejenigen, welche gemäss B 246 von Amtes wegen aus dem Grundbuch aufgenommen werden. Es kann also auch mit Bezug auf sie eine vollständige oder teilweise Ablehnung erfolgen.[5])

Eine Anfechtung der von der Konkursverwaltung getroffenen Verfügung kann einzig und allein in Form der Anfechtung des Kollokationsplanes erfolgen (vergl. unten III).

II. Der Kollokationsplan.

Innerhalb zwanzig Tagen nach Ablauf der Eingabefrist gemäss B 232, Ziff. 2 entwirft die Konkursverwaltung den Plan für die Rangordnung der Gläubiger (Kollokationsplan) nach den in B 219 und 220 aufgestellten Vorschriften (B 247, Al. 1). Der Kollokationsplan ist demnach der Ausdruck der von der Konkursverwaltung gemäss B 245 getroffenen Verfügung über die Anerkennung oder Abweisung der Konkursforderungen.[6])

1. Die Voraussetzung der Aufstellung eines

---

[4]) Ebenso Reichel, Art. 244, N. 1. Art. 260 des bundesrätlichen Entwurfes sah die Möglichkeit vor, eine nicht genügend belegte Eingabe unter Ansetzung einer Frist zu besserer Begründung an den Gläubiger zurückzuweisen.

[5]) Ebenso Jaeger, Art. 246, N. 4; BE XXIV (1), 69.

[6]) Ein besonderes Formular wird für den Kollokationsplan im Konkurs — im Gegensatz zur Betreibung auf Pfändung — bundesrechtlich nicht aufgestellt, sondern den Kantonen zur Aufstellung überlassen (Verordnung Nr. 1, Art. 27). Immerhin kann das für die Betreibung auf Pfändung aufgestellte Formular als Muster dienen; vergl. A II, 57 (Bern).



Kollokationsplanes beruht lediglich im Ablauf der Eingabefrist gemäss B 232, Ziff. 2. Der voraussichtliche Umfang einer möglichen Gläubigerbefriedigung spielt also hier — im Gegensatz zu der Betreibung auf Pfändung (B 146) — keine Rolle. Über die Aufstellung des Kollokationsplanes im summarischen Konkursverfahren vergl. § 52, III, Ziff. 3 hievor.

2. Der Inhalt des Kollokationsplanes umfasst die Umschreibung des Konkursobjektes in dem von den einzelnen Konkursgläubigern geltend gemachten und in dem von der Konkursverwaltung anerkannten Umfang. Er enthält demnach folgende Bestandteile:

a. Die sämtlichen angemeldeten oder gemäss B 246 von Amtes wegen aufgenommenen Forderungen mit Angabe des anmeldenden, bezw. durch das Grundbuch bezeichneten Gläubigers. Zu den Konkursforderungen gehören dabei alle Ansprüche, für welche nach Vorschrift des Gesetzes im Konkurs Befriedigung verlangt werden kann. Ausser den Geldforderungen sind deshalb auch alle dinglichen Rechte an den zum Konkurssubstrat gehörenden Gegenständen hieher zu rechnen, wie Pfandrechte, Grundlasten und Dienstbarkeiten.[7]) Dagegen gehören nicht hieher die Aussonderungsansprüche gemäss B 242, da dieselben nicht auf eine Befriedigung aus dem Konkurssubstrat, sondern auf eine Beschränkung des letztern gerichtet sind (vergl. § 54, III, Ziff. 2, lit. a hievor).[8]) Ebensowenig sind hieher zu rechnen die Masseverbindlichkeiten (vergl. § 48, IV hievor), da es sich dabei nicht um Forderungen gegen den Gemeinschuldner als solchen handelt.[9]) Endlich aber hat sich der Kollokationsplan nicht

---

[7]) Der Kollokationsplan ersetzt nämlich das bei der Betreibung auf Pfändung in B 140 vorgesehene Lastenverzeichnis; vergl. Jaeger, Art. 247, N. 3.

[8]) Ebenso BE XXIV (1), 153.

[9]) Umgekehrt aber sind auch nicht Masseforderungen aufzunehmen, da sie nicht zum Konkursobjekt, sondern zum Konkurssubstrat gehören; und zwar auch dann, wenn die Konkursverwaltung sie verrechnungsweise gegenüber einer Konkursforderung geltend machen will; vergl. BE XXIII, 57, XXIX (1), 46. Dagegen ist natürlich die Konkursverwaltung berechtigt, auf Grund eines derartigen

mit den Ansprüchen der Konkursgläubiger gegenüber Drittpersonen zu befassen, auch wenn dieselben mit der Konkursforderung im Zusammenhang stehen, wie Bürgschaften für die Schulden des Gemeinschuldners, Pfandrechte an Sachen Dritter für Konkursforderungen etc.[10])

b. Der Kollokationsplan enthält ferner den vom Gläubiger geforderten Rang, bezw. die von ihm an Sachen des Gemeinschuldners beanspruchten Pfandrechte;[11]) und endlich

c. die Verfügung der Konkursverwaltung betr. die Anerkennung der einzelnen Konkursforderungen und der für diese verlangten Rangverhältnisse und Pfandrechte. Diese Verfügung findet ihren Ausdruck in der Angabe der anerkannten Ansprüche einerseits und der abgewiesenen anderseits. Die Zuweisung des Ranges geschieht nach den in B 219 aufgestellten Vorschriften (B 247, Al. 1; vergl. § 49 hievor). Die abgewiesenen Forderungen, bezw. Ansprüche auf Rang oder Pfandrecht werden im Kollokationsplan mit Angabe des Abweisungsgrundes vorgemerkt (B 248).[11a]) Immerhin werden durch diese Angabe die der Konkursverwaltung in einem allfälligen Kollokationsprozess gemäss B 250 zustehenden Einreden nicht beschränkt.[12]) Die Anerkennung oder Abweisung der Forderung muss deutlich und bedingungslos geschehen.[13])

Verrechnungsanspruches die Konkursforderung einfach abzuweisen (vergl. § 47, VI, Ziff. 3 hievor).

[10]) In diesem Sinne auch BE XXIV (1), 145, XXIX (1), 130.

[11]) Ebenso BE XXII, 49; vergl. auch BE XXIX (2), 15. Es darf nicht etwa ein eigener Kollokationsplan für die Pfandgläubiger aufgestellt werden; vergl. BE XXV (1), 76; A V, 17; Reichel, Art. 247, N. 5. Dagegen dürfen natürlich nur Pfandrechte an den zum Konkurssubstrat gehörenden Gegenständen im Kollokationsplan aufgenommen werden; vergl. BE XXIX (1), 71.

[11a]) Das Erfordernis der Angabe des Abweisungsgrundes stellt eine blosse Ordnungsvorschrift dar; vergl. ZBJV XXXVII, 469 (Bern).

[12]) Ebenso Jaeger, Art. 248, N. 2.

[13]) In diesem Sinne — allerdings unbestimmt — A IV, 67 (Bundesrat). Dagegen will Jaeger, Art. 247, N. 3 die Aufnahme von Bedingungen gestatten, sofern dieselben ganz genau formuliert sind; vergl. auch A XI, 74. Da aber B 259 auf eine derartige Be-

3. Der Zeitpunkt für die Aufstellung des Kollokationsplans wird in B 247, Al. 1 durch eine sog. Ausführungsfrist von zwanzig Tagen seit Ablauf der Eingabefrist gemäss B 232, Ziff. 2 fixiert. Die Einhaltung dieser Frist übt auf die Gültigkeit des Kollokationsplanes keinen Einfluss aus.[14]) Überdies kann die Frist gemäss B 247, Al. 2 nötigenfalls durch die Aufsichtsbehörde erstreckt werden.

4. Das Anlegungsverfahren wird im Gesetz nicht besonders geregelt. Dagegen wird in B 247, Al. 1 vorgeschrieben, dass, wenn ein Gläubigerausschuss ernannt ist, der Entwurf demselben zur Genehmigung unterbreitet wird. Allfällige Abänderungen sind von ihm binnen drei Tagen anzubringen, wobei jedoch diese letztere Frist nötigenfalls durch die Aufsichtsbehörde verlängert werden kann (B 247, Al. 2). Wenn also ein Gläubigerausschuss besteht, so kommt er als Aufstellungsorgan mit in Betracht.[15]) Dagegen erstreckt sich seine Mitwirkung, wie dies aus B 237, Ziff. 4 hervorgeht, lediglich auf die Abweisung einer von der Konkursverwaltung zugelassenen Forderung, nicht aber auf die Zulassung der von der Konkursverwaltung abgewiesenen Forderungen (vergl. § 51, IV, Ziff. 2, lit. b, aa hievor).

5. Die Bekanntmachung des Kollokationsplanes geschieht durch öffentliche Auflegung und durch individuelle Anzeige an die direkt Interessierten.

---

dingung keinerlei Rücksicht nimmt, will Jaeger über die Berechtigung der Bedingung nicht die Gerichte, sondern die Aufsichtsbehörden entscheiden lassen. Dies würde aber eine Verkürzung des durch B 250 dem Gläubiger garantierten Rechtes bedeuten, bei Nichtanerkennung seiner Forderung vor den Gerichten Recht zu suchen.

[14]) Ebenso BE XXIV (1), 94.

[15]) Wirkt er daher nicht mit, so ist eben der Kollokationsplan nicht in gesetzmässiger Weise zustandegekommen und kann auf dem Beschwerdeweg angefochten werden, wozu aber nur Schuldner und Gläubiger, nicht etwa auch der Gläubigerausschuss selbst, legitimiert ist (vergl. unten III, Ziff. 1). Durch Nichtanfechtung konvaleszиert die Unterlassung der Vorlegung; vergl. BE XXVII (1), 116; Jaeger, Art. 247, N. 4; A. M. A IV, 67 (Bundesrat).



Die Auflegung des Kollokationsplanes zur Einsichtnahme erfolgt beim Konkursamt und wird von der Konkursverwaltung öffentlich bekannt gemacht (B 249, Al. 1 und 2).[16]) Mit der geschehenen Auflegung und mit der Bekanntmachung der letztern gilt der Kollokationsplan als publiziert und äussert seine Wirkungen gegenüber allen Beteiligten, ganz abgesehen von einer etwa vorgeschriebenen individuellen Mitteilung (B 250, Al. 1).

Die individuelle Mitteilung geschieht in der Weise, dass jedem Gläubiger, dessen Forderung ganz oder teilweise abgewiesen worden ist, oder welcher nicht den beanspruchten Rang erhalten hat, die Auflegung des Kollokationsplanes und die Abweisung seiner Forderung besonders angezeigt wird (B 249, Al. 3). Voraussetzung der Anzeige ist also immer, dass die Forderung des betreffenden Gläubigers nicht in dem Umfange oder in der Weise, d. h. mit denjenigen Vorrechten, aufgenommen wurde, wie es der Gläubiger in seiner Konkurseingabe forderte, bezw. wie es aus dem Grundbuche hervorging [17])

Die Anzeige geschieht mangels besonderer Vorschriften in Form der einfachen Mitteilung gemäss B 34 (vergl. § 20, II hievor). Sie gibt die Dauer der Planauflage sowie den Umfang der Abweisung der betreffenden Konkursforderung an.[18]) Ihr Zweck beruht in einer persönlichen Information des Gläubigers. Dagegen ersetzt sie ihm gegenüber nicht etwa die öffentliche Bekanntmachung der Auflegung; vielmehr datieren auch für ihn gemäss B 250, Al. 1 die Rechts-

[16]) Für die äussere Form der Bekanntmachung ist B 35 massgebend (vergl. § 20, III hievor und dazu Reichel, Art. 249, N. 2, A III, 49). Eine Auflegung im Büreau oder Domizil des gewählten Konkursverwalters ist unzulässig.

[17]) In diesem Sinne auch BE XXIV (1), 69; Jaeger, Art. 249, N. 5.

[18]) Ein besonderes Formular der Anzeige wird bundesrechtlich nicht vorgesehen, kann aber durch die Kantone eingeführt werden (Verordnung Nr. 1, Art. 27). Jaeger, Art. 249, N. 6b verlangt in der Anzeige auch die Angabe des Abweisungsgrundes, jedoch nicht einen ausdrücklichen Hinweis auf die Anfechtungsmöglichkeit gemäss B 250.

wirkungen des Kollokationsplanes von jener Publikation an.[19])

6. Die Wirkung des Kollokationsplanes besteht in der Festlegung des Umfanges, in welchem die einzelnen Konkursforderungen an der konkursrechtlichen Liquidation teilnehmen, unter Vorbehalt einer erfolgreichen Anfechtung des Kollokationsplanes. Erfolgt eine solche nicht, so erwächst die einzelne Kollokation in Rechtskraft und wird dadurch sowohl für die beteiligten Gläubiger, als auch für die Konkursverwaltung unabänderlich.[20])

Dagegen ist eine Ergänzung des Kollokationsplans, d. h. die Vornahme neuer Kollokationen zulässig. Dieselbe wird notwendig gemacht durch allfällige verspätete Konkurseingaben, welche gemäss B 251, Al. 1 bis zum Schlusse des Konkursverfahrens angebracht werden können (vergl. § 53, III, Ziff. 2, lit. b hievor). Hält die Konkursverwaltung

[19]) Wurde deshalb die persönliche Anzeige gemäss B 249, Al. 3 gegenüber einem Gläubiger unterlassen, so läuft für ihn die in B 250, Al. 1 vorgesehene Klagefrist gleichwohl und kann weder erneuert noch verlängert werden. Der Gläubiger erhält infolge jener Unterlassung einzig einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Konkursverwaltung; vergl. BE XXIV (1), 69, XXXIV (1), 93; Martin, p. 265; Reichel, Art. 249, N. 4; Jaeger, Art. 249, N. 6.

[20]) Geht deshalb die kollozierte Forderung unter, nachdem der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen ist, so darf die Konkursverwaltung die betreffende Kollokation nicht etwa von sich aus streichen. Sie kann auch nicht — wie dies BE XXX (1), 74, XXXI (1), 133 annimmt — den Gläubiger nachträglich zur Klageerhebung analog B 250, Al. 2 auffordern, da dies einer einseitigen Abänderung des Kollokationsplanes völlig gleich käme. Dagegen entsteht mit der nachträglichen Tilgung der Forderung ein Masseanspruch auf Eliminierung der Konkursforderung. Derselbe kann sich in der Verweigerung der Konkursdividende äussern, worauf der Gläubiger seinen Anspruch auf die letztere durch gewöhnliche Zivilklage geltend zu machen hat. Wird trotz der nach erfolgter Kollokation eingetretenen Erlöschung der 'Forderung die Konkursdividende ausbezahlt, so kann die letztere, sofern jene Tilgung der Konkursverwaltung nicht bekannt war, als neuentdecktes Konkurssubstrat gemäss B 269 behandelt werden. Geschieht dies nicht, so hat der Gemeinschuldner nach durchgeführtem Konkurs die Rückforderungsklage gemäss B 86, 187, da im Konkurs eine Nichtschuld bezahlt wurde (vergl. § 28, III hievor).

eine verspätete Konkurseingabe für begründet, so ändert sie den Kollokationsplan ab und macht die Abänderung öffentlich bekannt (B 251, Al. 4).[21]) Die Bekanntmachung geschieht in der durch B 249 vorgesehenen Weise, d. h. durch Auflegung des Kollokationsplanes beim Konkursamt und Publikation dieser Auflegung. Hält die Konkursverwaltung die verspätet angemeldete Forderung oder den dafür beanspruchten Rang oder endlich ein verlangtes Pfandrecht für unbegründet, so muss — trotz des unklaren Wortlautes in B 251, Al. 4 — die Forderung mit der Abweisungsverfügung in den Kollokationsplan aufgenommen und dem betreffenden Gläubiger eine individuelle Mitteilung gemäss B 249, Al. 3 gemacht werden. Die Anfechtung des in dieser Weise ergänzten Kollokationsplanes geschieht in gleicher Weise wie diejenige des ursprünglichen, weshalb denn auch B 251, Al. 5 einfach B 250 als analog anwendbar erklärt.[22]) Die Kosten der Ergänzung des Kollokationsplans und ihrer Bekanntmachung hat gemäss B 251, Al. 2 immer der betreffende Gläubiger zu tragen, und er kann zu einem entsprechenden Vorschuss angehalten werden (B 251, Al. 2).

III. Die Anfechtung des Kollokationsplanes.

Der Kollokationsplan ist für die Art und Weise der Beteiligung der Konkursgläubiger am Ergebnisse der konkursrechtlichen Liquidation ausschlaggebend. Die am letztern interessierten Personen müssen deshalb Gelegenheit haben, zum Kollokationsplan und seinem Inhalte Stellung zu nehmen, bezw. denselben anzufechten. Dies kann nach zwei Richtungen hin geschehen: Einmal nämlich stellt die

---

[21]) Trotz des Wortlautes in B 251, Al. 4 handelt es sich dabei nicht um eine Abänderung des bestehenden Kollokationsplanes, sondern um die Ergänzung desselben durch Angliederung eines neuen Postens; vergl. Jaeger, Art. 251, N. 7; BE XXXIV (1), 89.

[22]) Als nachträgliche Konkurseingabe ist auch die nachträgliche Abänderung einer früher gemachten zu behandeln. Es hat deshalb auch für sie eine neue Auflegung des Kollokationsplans mit Publikation und eventuell, im Falle der Abweisung, eine individuelle Anzeige an den Gläubiger zu erfolgen; vergl. A XII, 125.

Errichtung des Kollokationsplanes eine betreibungsrechtliche Verfügung dar, für deren Erlass das Gesetz ganz bestimmte Vorschriften aufstellt. Werden dieselben von der Konkursverwaltung nicht eingehalten, so steht jedem Beteiligten die Beschwerde gemäss B 17, 241 zu. Der eigentliche Inhalt des Kollokationsplanes dagegen drückt die Stellungnahme der Konkursverwaltung zu den einzelnen eingegebenen Konkursforderungen in materiellrechtlicher Beziehung aus. Wird somit die Richtigkeit dieser Stellungnahme streitig, so kann darüber nur auf Grund einer Untersuchung des Forderungsbestandes geurteilt werden, wozu, da es sich um eine zivilrechtliche Frage handelt, nicht die Aufsichtsbehörden, sondern die Gerichte zuständig sind.

Das Gesetz erwähnt nur die Anfechtung des Kollokationsplanes durch Klage ausdrücklich, da einzig sie einer besondern Regelung bedarf.[23])

1. Die Anfechtung des Kollokationsplanes auf dem Beschwerdeweg bildet einen Spezialfall der in B 241 vorgesehenen Beschwerde gegen Verfügungen der Konkursverwaltung.[24])

a. Die Voraussetzung dieser Anfechtung beruht immer in einem Verstoss der Konkursverwaltung gegen die betreibungsrechtlichen Vorschriften über das Zustandekommen des Kollokationsplanes.[25]) Ein solcher Verstoss

---

[23]) Die Praxis nimmt an, dass die Konkursverwaltung den aufgestellten Kollokationsplan, solange er nicht in Rechtskraft erwachsen, d. h. die Anfechtungsfrist nicht abgelaufen ist, abändern könne. Dabei genügt es aber nicht, dass die erfolgte Abänderung den davon direkt betroffenen Gläubigern mitgeteilt wird; vielmehr muss der abgeänderte Plan neu aufgelegt und die Auflegung unter Angabe des Grundes neu publiziert werden; vergl. BE XXIII, 66, XXIV (1), 94, XXIX (1), 120, XXXII (1), 109, A XI, 18, 56, 74. Unklar BE XXII, 49.

[24]) Vergl. Jaeger, Art. 249, N. 2. Die Beschwerde kann sich immer nur gegen die Konkursverwaltung, niemals gegen den Gläubigerausschuss als Genehmigungsinstanz richten.

[25]) Zur Entscheidung über diese Fragen ist das Konkursgericht nicht zuständig; vergl. BE XXV (1), 121; v. Salis, a. a. O., ZschwR, N. F., XII, 587. Hieher ist auch die Zulassung einer Forderung mit der



kann vor allem in der Nichtbeachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten bei Aufstellung des Planes liegen, wie z. B. Unterlassung der Vorlegung an den Gläubigerausschuss gemäss B 247, Al. 2,[26]) oder unrichtigem Vorgehen bei der Bekanntmachung und Fristansetzung,[27]) oder Unterlassung einer Einholung der Erklärung des Gemeinschuldners über die Konkurseingaben gemäss B 244.[28]) Durch Beschwerde anfechtbar ist aber auch die Unvollständigkeit des Kollokationsplanes, wie z. B. die Auslassung angemeldeter Forderungen oder die mangelnde Verfügung über beanspruchte Pfandrechte und Rangverhältnisse.[29]) Eine Klage gemäss B 250 ist hier ausgeschlossen, weil eine Verfügung der Konkursverwaltung betreffend das Forderungsverhältnis fehlt. Umgekehrt ist die Beschwerde auch gegeben wegen Aufnahme nicht in den Kollokationsplan gehörender Verfügungen, z. B. betr. Masseverbindlichkeiten, Aussonderungsansprüche, Pfandrechte an Sachen Dritter etc.[30])

b. Die Legitimation zur Beschwerdeführung kommt den an der Aufstellung des Kollokationsplanes als solcher beteiligten Personen zu, also den Konkursgläubigern, dem Gemeinschuldner, sowie ausnahmsweise Drittpersonen. z. B. Aussonderungsberechtigten, deren Verhältnisse zur Konkursmasse auf ungesetzliche Weise in den Kollokationsplan einbezogen wurden.[31])

c. Die Wirkung eines zusprechenden Beschwerdeentscheides besteht in der Anordnung der nö-

---

Begründung zu rechnen, die Forderung werde als nichtbestehend angesehen, aber trotzdem zugelassen, um einen Prozess zu vermeiden, zu dessen Führung kein Geld in der Masse sei; vergl. A X, 43.

[26]) Vergl. A II, 130, VII, 60 (Bern).

[27]) Vergl. BE XXIX (1), 49, 120.

[28]) Vergl. A II, 21; v. Salis, a. a. O., ZschwR, N. F., XII, 588.

[29]) Vergl. BE XXXI (1), 39; A VII, 49 (Bern).

[30]) Vergl. BE XXIV (2), 57, XXIX (1), 46, 71.

[31]) Die Beschwerdefrist beginnt für jeden Beteiligten mit der Publikation gemäss B 249, Al. 2 (vergl. oben II, Ziff. 5). Nach ihrem Ablauf ist die beschwerdeweise Anfechtung des Kollokationsplans ausgeschlossen; vergl. A IX, 83.

tigen Berichtigungen in der Anlage oder im Verfahren durch die Aufsichtsbehörde. Wird dabei etwas am Inhalte des Kollokationsplanes geändert, so muss eine Neuauflegung des letztern gemäss B 249 veranlasst werden. Dagegen beginnt die Anfechtungsfrist gemäss B 250, Al. 1 nur insoweit neu zu laufen, als Abänderungen an den eigentlichen Kollokationsverfügungen getroffen wurden.[32])

2. Die Anfechtung des Kollokationsplanes durch Klage stellt eine betreibungsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse dar (vergl. § 10, II, Ziff. 3 hievor). An und für sich hat nämlich der Richter lediglich zu beurteilen, ob, bezw. in welchem Masse ein Gläubiger befugt ist, am Ergebnis der konkursrechtlichen Liquidation teilzunehmen. Dies kann aber nur auf Grund einer Überprüfung des materiellen Forderungsverhältnisses geschehen. In diesem Sinne schreibt B 250, Al. 1 vor: «Ein Gläubiger, welcher den Kollokationsplan anfechten will, hat binnen zehn Tagen seit der öffentlichen Bekanntmachung der Auflegung beim Konkursgerichte Klage anzuheben.»

a. Der Gegenstand der Klage besteht in der Streitfrage, ob die Anerkennung oder Nichtanerkennung einer Forderung, bezw. der ihr zugewiesene Rang, oder die Verfügung über ein gefordertes Pfandrecht mit Rücksicht auf die zivilrechtlichen Verhältnisse gerechtfertigt ist oder nicht.[33]) Dabei ist aber im einzelnen Falle zu prüfen, ob sich der Streit wirklich auf das Konkursobjekt, d. h. auf die geltend gemachte Forderung als solche bezieht. Nur wenn dies der Fall ist, liegt ein Kollokationsstreit gemäss B 250, Al. 1 vor.[34])

---

[32]) Der siegreiche Beschwerdeführer geniesst bei der Verteilung keine Bevorzugung vor andern Gläubigern. B 250, Al. 3 ist also niemals analog anwendbar; vergl. BE XXIII, 63, XXIV (1), 103, XXVIII (1), 65.

[33]) Vergl. in diesem Sinne BE XXVIII (1), 97, XXIX (1), 46, XXIX (2), 23, XXXI (1), 25, 59. In allen diesen Fällen ist eine beschwerdeweise Anfechtung schlechtweg ausgeschlossen.

[34]) Dies kann namentlich streitig werden, wenn mehrere Prätendenten behaupten, Gläubiger einer bestimmten Konkursforderung

Ob sich die Anfechtung des Kollokationsplanes auf die eigene Forderung des Anfechtenden oder auf diejenige eines Mitgläubigers bezieht, übt – im Gegensatz zur Betreibung auf Pfändung (vergl. § 37, III, Ziff. 4 hievor) — auf die Art und Weise der Anfechtung keinen Einfluss aus. In beiden Fällen ist auf dem Klageweg vorzugehen (B 250, Al. 2). Verschieden ist dabei nur die Art der Passivlegitimation (vergl. unten lit. b).

b. Die Klagelegitimation steht auf der aktiven Seite jedem Gläubiger zu, sei es, dass er die im Kollokationsplan ihm selbst zugewiesene Stellung, sei es, dass er die Kollokation eines Mitgläubigers anfechten will.[85]) Nie-

zu sein. Hier ist einfach jeder Anspruch als besondere Eingabe anzusehen und zu beurteilen. Die abgewiesenen Ansprecher haben sowohl gegen die Masse als auch gegen einander gemäss B 250, Al. 1 zu klagen. A. M. BE XXIX (1), 130. Streitig kann ferner die Frage werden, ob die Zulässigkeit der Verrechnung gemäss B 213 im Kollokationsprozess zu beurteilen ist. An und für sich ist dies zu verneinen, da sich diese Frage nicht auf die Feststellung des Konkursobjektes, sondern auf diejenige des Konkurssubstrates bezieht (vergl. § 47, VI hievor). Der Konkursgläubiger, welcher der Konkursmasse gegenüber verrechnen will, braucht für seine Gegenforderung keine Konkurseingabe zu machen. Ebensowenig braucht die Konkursverwaltung ihre Verrechnungsabsicht bei Aufstellung des Kollokationsplanes kundzugeben. Sie kann es aber tun und die betreffende Konkursforderung aus diesem Grunde abweisen. In diesem Spezialfall kann die Kompensationsfrage im Kollokationsprozess entschieden werden, während in allen andern Fällen zu ihrer Beurteilung die ordentlichen Gerichte zuständig sind; vergl. BE XXII, 57, XXVIII (1), 49, XXX (2), 68. Ganz gleich verhält es sich auch mit den Anfechtungsansprüchen der Masse, welche nur insofern im Kollokationsprozess gemäss B 250 erledigt werden können, als sie Veranlassung zur Abweisung einer Konkursforderung gaben; vergl. BE XXIX (2), 23.

[85]) In diesem letztern Falle ist die Aktivlegitimation des klagenden Gläubigers schon dadurch begründet, dass seine Forderung im Kollokationsplan anerkannt wurde. Sie kann deshalb nicht etwa durch die Verneinung seines Forderungsrechtes bestritten werden und noch weniger fällt ihm der Nachweis seiner Gläubigerqualität, auf. Ebenso Brand, Der Gegenstand des Kollokationsprozesses zwischen zwei Konkursgläubigern (A XII, 1). A. M. ZBJV XXXIX, 458 (Bern); nun aber richtig ZBJV XLV, 198. Die Konkursmasse ihrerseits kann in einem derartigen Prozess niemals intervenieren; vergl. SchwJZ V, 530 (Neuenburg).

mals dagegen ist der Gemeinschuldner oder ein Dritter legitimiert.[36])

Die Passivlegitimation ist verschieden, je nach dem Ziel, welches mit der Klage verfolgt wird. Behauptet nämlich der Gläubiger, dass seine Forderung mit Unrecht abgewiesen oder herabgesetzt, oder dass sie nicht in gebührendem Range angeführt sei, so ist die Klage gegen die Masse anzustellen (B 250, Al. 2).[37]) Die Konkursmasse und nur sie ist also immer dann passiv legitimiert, wenn die Klage auf Abänderung des Kollokationsplanes im Sinne einer Zulassung abgewiesener Ansprüche gerichtet ist.[38]) Will dagegen der Kläger die Zulassung eines andern Gläubigers oder den diesem angewiesenen Rang oder dessen anerkanntes Pfandrecht bestreiten, so ist die Klage gegen den betreffenden Gläubiger zu richten (B 250, Al. 2). Auf den Rechtsgrund dieser Bestreitung kommt dabei nichts an. Sie kann also auch deshalb erfolgen, weil die von der Konkursverwaltung im Kollokationsplan zugelassene Forderung durch eine gemäss B 285 ff. anfechtbare Rechtshandlung zustande kam. Und zwar hat hier der Gläubiger, entgegen der allgemeinen Regel in B 285, Ziff. 2, nicht zuerst eine Abtretung des Anfechtungsanspruches durch die Konkursmasse gemäss B 260 nachzusuchen, da ihn B 250, Al. 2 ohne jede weitere Voraussetzung zur An-

---

[36]) Ebenso Jaeger, Art. 250, N. 1; Reichel, Art. 250, N. 1. Der Gemeinschuldner kann auch nicht etwa gegen eine seiner Ansicht nach unbegründete Kollokation Beschwerde erheben. Dagegen kann er nach Schluss des Konkursverfahrens von dem betreffenden Gläubiger gemäss B 86 — und nicht, wie Brüstlein, A V, 20 meint, mit der gewöhnlichen Bereicherungsklage gemäss OR 70 — die Konkursdividende zurückfordern.

[37]) Über die rechtliche Bedeutung des Ausdruckes, dass die Klage «gegen die Masse» anzustellen sei, vergl. § 51, III, Ziff. 4, lit. d hievor; zu enge Interpretation SchwJZ V, 280 (Waadt).

[38]) Dies ist auch dann der Fall, wenn das vom Konkursgläubiger beanspruchte Pfandrecht nicht oder nicht auf dem verlangten Pfandgegenstand zugebilligt wurde; vergl. BE XXV (1), 112; Jaeger, Art. 250, N. 7. Über die Entstehungsgeschichte des Grundsatzes vergl. BE XXIX (2), 47.

fechtung des Kollokationsplanes ermächtigt.[39]) Niemals dagegen kann er seine Klage gemäss B 250, Al. 2 auf eine dem Gemeinschuldner, bezw. der Konkursmasse gegenüber dem betreffenden Gläubiger zustehende Gegenforderung stützen. Es ist eben Sache der Konkursverwaltung, die Verrechnung geltend zu machen, und wenn sie dies nicht bei Anlass der Kollozierung tut, so kann nicht ein einzelner Gläubiger an ihrer Stelle verfügen, da dies einen Eingriff in das Konkurssubstrat darstellen würde, der einem einzelnen Konkursgläubiger nur dann zukäme, wenn ihm die Gegenforderung gemäss B 260 abgetreten worden wäre.[40]) Endlich kann schon aus rein prozessualen Gründen dem Gläubiger ein Bestreitungsrecht dann nicht gegeben werden, wenn die Konkursverwaltung in dem von einem abgewiesenen Gläubiger gegen sie geführten Kollokationsprozess die Ansprüche des erstern durch Abstand oder Vergleich anerkannt hat. Hier würde es sich eben nicht mehr um die Anfechtung des Kollokationsplanes, sondern um die Wiederaufnahme eines rechtskräftig erledigten Kollokationsprozesses handeln, welcher die Einrede der beurteilten Sache entgegenstände.[41])

c. Die Berechnung des Streitwertes ist davon abhängig, ob die Zulassung eines Forderungsbetrages, eines Rangverhältnisses oder eines Pfandrechtes in Frage steht.

Handelt es sich um die Zulassung eines Forderungsbetrages, so entspräche es streng genommen der rechtlichen Natur der Klage, dass als Streitwert der Betrag der Konkursdividende zu betrachten wäre, auf welchen der betreffende Gläubiger bei Anerkennung seiner Forderung Anspruch hätte. Es ist eben nur die Frage der Beteiligung jenes Gläubigers am Konkursergebnis zu beurteilen. Nun muss aber der Kollokationsprozess regelmässig durchgeführt werden, bevor das Konkurssubstrat verwertet und daher die Höhe der zu erwartenden Konkursdividende

[39]) Ebenso BE XXI, 36, XXIX (2), 46, XXXII (1), 118: vergl. auch Jaeger, Art. 250, N. 9.

[40]) Im Resultate gleich BE XIX, 135, XXVII (2), 61.

[41]) Im Resultate gleich BE XXIX (2), 47, XXX (2), 42, XXXIII (2), 50; anders dagegen früher BE XIX, 50.



auch nur annähernd bestimmbar ist. Aus Zweckmässigkeitsgründen berechnet daher die Praxis hier — im Gegensatz zum Kollokationsprozess bei der Betreibung auf Pfändung (vergl. § 37, III, Ziff. 6, lit. c hievor) — den Streitwert regelmässig nach dem abgewiesenen, bezw. angefochtenen Forderungsbetrag.[42])

Liegt der Rang einer Forderung im Streit, so wird der Streitwert gebildet durch die Differenz zwischen demjenigen Betrag, welcher nach der im Kollokationsplan vorgesehenen Rangordnung und demjenigen, welcher nach dem vom Kläger für die betreffende Forderung verlangten Rang auf die erstere entfallen würde (vergl. die analoge Berechnung im Kollokationsprozess bei der Betreibung auf Pfändung, § 37, III, Ziff. 6, lit. c hievor). Diese Differenz kann allerdings nur approximativ nach dem momentanen Bestand des Konkurssubstrates einerseits und des Konkursobjektes anderseits festgestellt werden.[43])

Ist endlich über Zulassung oder Abweisung eines Pfandrechtes zu entscheiden, so richtet sich der Streitwert nach demjenigen Wertbetrag des Pfandobjektes, welcher nach der amtlichen Schätzung des Pfandgegenstandes und nach dem Verhältnis des betreffenden Pfandrechtes zu andern auf der Sache haftenden Pfandrechten auf das erstere entfallen würde. Dieser Wertbetrag stellt eben den konkursmässigen Effekt jenes Pfandrechtes dar.[44])

---

[42]) Vergl. BE XIX, 135, XXII, 145, XXIV (2), 3, XXVI (2), 27, XXVII (2), 10, 32, XXX (2), 43; Jaeger, Art. 250, N. 5; Reichel, Art. 250, N. 7.

[43]) In diesem Sinne auch BE XXI, 37, XXXIII (2), 106; Jaeger, Art. 250, N. 5; Favey, Les conditions des recours de droit civil; Journ. des Trib. XL, p. 428 ss. (vergl. § 37 hievor, Note 45).

[44]) In diesem Sinne auch BE XXIX (2), 91. Dagegen will BE XXI, 36, sofern die Pfandforderung als solche nicht bestritten ist, den Streitwert bestimmen lassen durch die Differenz zwischen dem Werte des Pfandgegenstandes und der Konkursdividende, welche der Forderung zukäme, sofern sie nicht pfandversichert wäre. Diese Berechnungsart besticht zwar auf den ersten Blick durch ihre scheinbare Genauigkeit. Sie ist aber deshalb nicht zutreffend, weil gemäss B 219 der Pfandgegenstand das Exekutionssubstrat für die ganze Pfandforderung bildet und die Inanspruchnahme der allgemeinen

d. Als **Gerichtsstand** der Klage nennt B 250, Al. 1 das Konkursgericht, was auch der oben skizzierten betreibungsrechtlichen Natur der Klage entspricht. Und zwar wird hiedurch sowohl die örtliche, als auch die sachliche Zuständigkeit bestimmt. Ganz abgesehen vom Streitwert und von den Parteien ist also die Klage immer bei derjenigen Gerichtsstelle anzubringen, welche den in Frage stehenden Konkurs eröffnet hat.[45])

e. Für das **Prozessverfahren** als solches gelten folgende Grundsätze:

aa. Der Prozess wird im **beschleunigten Verfahren** geführt (B 250, Al. 3; vergl. § 11, II, Ziff. 2 hievor).[46]) Die Berufung an das Bundesgericht ist gegeben, sofern die in OG 56 ff. vorgesehenen Requisite vorhanden sind (OG 63, Ziff. 4; vergl. § 11, III, Ziff. 1 hievor.[47])

bb. Die Klageanhebung ist **gesetzlich befristet.** Sie muss gemäss B 250, Al. 1 binnen zehn Tagen seit der öffentlichen Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes erfolgen (vergl. oben II, Ziff. 5). Die Frist gehört zu den eigentlichen betreibungsrechtlichen Befristungen (vergl. § 18, I, Ziff. 4 hievor). Die Klage kann deshalb nur

Aktivmasse nur ausnahmsweise bei Unzulänglichkeit jenes Pfandgegenstandes stattfindet.

[45]) Vergl. auch den französischen Text in B 250, Al. 1 («devant le juge qui a prononcé la faillite»). Gleich wie oben Reichel, Art. 250, N. 4. Das kantonale Recht kann also keine abweichende Bestimmung treffen; vergl. BE XXIII. 199. XXXIII (2). 98. Dies ist aber tatsächlich in einer Reihe kantonaler EG geschehen; vergl. die Aufzählung bei Jaeger, Art. 250. N. 4, welcher seinerseits in offenbarem Widerspruch zum Gesetzestext dem kantonalen Gesetzgeber hier freie Hand lassen will. Unter keinen Umständen kann der Streit gemäss B 250 durch ein Schiedsgericht beurteilt werden; vergl. SchwJZ IV, 205; ZBJV XLII, 275 (Bern).

[46]) Eine Ausnahme von dieser Regel kann auch dann nicht gemacht werden, wenn der Beklagte eine Widerklage erhebt, die nach Vorschrift des kantonalen Rechtes im ordentlichen Verfahren zu beurteilen wäre; vergl. BE XXIII. 199. Die Anbringung einer Widerklage im vorliegenden Streitverfahren ist als überhaupt unzulässig zu betrachten.

[47]) Die Berufungsfrist beträgt gemäss OG 65, Al. 2 fünf Tage; vergl. BE XXV (2), 26, XXXIII (2), 102.

solange gültig angebracht werden, als die Frist nicht abgelaufen ist.[48]) Und zwar gilt die letztere nur dann als eingehalten, wenn vor Ablauf derselben gemäss B 250, Al. 1 die Klage als solche angebracht wurde. In welcher Form dies zu geschehen hat, d. h. was als Klagevorkehr zu betrachten ist, bestimmt das kantonale Recht.[49])

Mit unbenütztem Ablauf der Frist erwächst der Kollokationsplan in Rechtskraft und darf nicht mehr abgeändert werden, da es keine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist gibt.[50])

cc. Die Beweislast ruht der Natur der Sache nach immer auf dem Gläubiger, welcher die Zugehörigkeit seiner Forderung zum Konkursobjekt behauptet, bezw. einen be-

[48]) Die Einhaltung der Frist ist dabei nicht bloss Prozessvoraussetzung, sondern gehört auch zum Klagefundament, weshalb im Falle der Berufung auch sie vom Bundesgericht nachzuprüfen ist; vergl. BE XXXIII (2), 66, XXXIV (1), 51. Einem Verzicht des Beklagten auf die Geltendmachung der Fristversäumung kommt keine Bedeutung zu; vergl. BE XXIX (2), 45. Ebensowenig muss die Fristversäumung vom Beklagten behauptet werden; A. M. ZBJV XXXIX, 458 (Bern).

[49]) Das Bundesgericht hat deshalb im Falle einer Berufung diese Frage nicht nachzuprüfen; vergl. BE XXI, 36. Dagegen kann natürlich das kantonale Recht an Stelle der Klageanhebung nicht etwa eine blosse vorbereitende Massnahme, wie z. B. die Ladung zu einem Aussöhnungsversuch, oder eine blosse Rechtsfrage im Sinne des schwyzerischen ZP setzen; vergl. BE XXII, 18. Die Frist gilt nicht als eingehalten, wenn die Klage bei einem unzuständigen Gericht angebracht wurde, vergl. A III, 59, Jaeger, Art. 250, N. 3.

[50]) Vergl. BE XXII, 18, XXVIII (2), 15; Jaeger, Art. 250, N. 3. Dieser Grundsatz kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass man nach Versäumung der Frist gemäss B 250, Al. 1 die betreffende Forderung nochmals gemäss B 251 anmeldet; vergl. BE XXIX (2), 45. Umgekehrt aber tritt die Rechtskraft des Kollokationsplanes nur soweit ein, als der letztere über die Kollokation deutlich und ausdrücklich Auskunft gibt. Ist die Verfügung unvollständig, so kann ihre Vervollständigung auf dem Beschwerdewege verlangt werden; vergl. BE XXII, 208, sowie oben Ziff. 1, lit. a. Ebenso erwächst auch eine im Kollokationsplan stehende, aber über dessen Rahmen materiell hinausgehende Verfügung, wie z. B. der Entscheid über einen Aussonderungsanspruch gemäss B 242, niemals in Rechtskraft; vergl. BE XXIV (1), 153; Jaeger, Art. 250, N. 3.

stimmten Rang oder ein Pfandrecht für seine Forderung in Anspruch nimmt. Dies trifft zu, ohne Rücksicht auf die Verteilung der Parteirollen. Klagt also ein Gläubiger gemäss B 250, Al. 2 gegen die Masse auf Zulassung seines Anspruches so hat der Kläger den Bestand des letztern zu beweisen ficht dagegen ein Gläubiger die Zulassung eines andern an, so fällt dem letztern, also dem Beklagten, die Beweislast für die Rechtsbeständigkeit seines Anspruches auf, da der Kläger einfach die Feststellung des Nichtbestandes eines durch den Kollokationsplan zugelassenen Konkursanspruches verlangt. Führen dagegen die Konkursverwaltung als Beklagte oder der eine fremde Kollokation anfechtende Gläubiger spezielle Gründe an, welche die Anfechtbarkeit des behaupteten Anspruches gemäss B 285 ff. dartun sollen, oder berufen sie sich auf das fehlerhafte Zustandekommen des betreffenden Anspruches (z. B. wegen Irrtums, Zwangs, Betruges) oder auf seinen nachträglichen Untergang (z. B. durch Tilgung oder Verrechnung), so haben sie diese Tatsachen auch zu beweisen.[51])

dd. Die Wirkung des Urteils bezieht sich auch hier — gleich wie im Kollokationsprozess bei der Betreibung auf Pfändung (vergl. § 37, III, Ziff. 6, lit. e, dd hievor) — prinzipiell nur auf die prozessführenden Parteien. Dabei ist aber folgendes zu beobachten: Spielte sich der Prozess zwischen einem Gläubiger und der Konkursmasse ab, so ist, falls der erstere siegreich durchdringt, der Kollokationsplan zu seinen Gunsten abzuändern. Die finanzielle Folge hievon macht sich für alle Gläubiger der gleichen, bezw. einer nachfolgenden Klasse fühlbar, indem durch jene Abänderung eben ein neuer Teilhaber an der für sie disponiblen Erlösquote eintritt.[52]) Ging jedoch die Klage eines Gläubigers auf Herabsetzung der Ansprüche eines Mitgläubigers, so übt ein zusprechendes Urteil

[51]) Wie oben im allgemeinen auch BE XIX, 135; Jaeger, Art. 250, N. 8 und 9.

[52]) BE XXIV (1), 112 drückt dies mit den Worten aus, dass das Urteil eine für alle Gläubiger verbindliche und wirksame Abänderung des Kollokationsplanes zur Folge habe.

seine Wirkung regelmässig nur auf die beiden in Frage stehenden Gläubiger aus. Und zwar dient dabei der Betrag, um welchen der Anteil des Beklagten an der Konkursmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung des Klägers bis zur vollen Deckung seiner Forderung mit Einschluss der Prozesskosten. Ein allfälliger Überschuss wird nach Massgabe des berichtigten Kollokationsplanes verteilt (B 250, Al. 3).[53]) Der unterlegene Beklagte wird auf denjenigen Betrag angewiesen, welcher ihm nach dem durch das Urteil bereinigten Kollokationsplan zukommt.[54]) Der Prozessgewinn des Klägers besteht also im Betrag der Differenz zwischen derjenigen Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre und derjenigen, welche ihm nun nach der gerichtlich bereinigten Kollokation wirklich zukommt.[55]) Aus diesem Prozessgewinn werden vorerst die Prozesskosten des siegreichen Klägers gedeckt[56]), soweit sie nicht vom unterlegenen Gegner erhältlich sind, und hierauf die dem Kläger nach dem Kollokationsplan zukommende Konkurs-

---

[53]) Über die rechtliche Natur der Bestimmung in B 250. Al. 3 vergl. BE XXXI (1). 25. B 250. Al. 3 ist nicht anwendbar im Falle des Kollokationsprozesses zwischen dem Gläubiger und der Masse; vergl. BE XXV (1). 112. Ebensowenig findet die Vorschrift Anwendung auf den Fall einer Anfechtung eines Kollokationsplanes durch Beschwerde; vergl. oben Note 32. Endlich aber kann die Bestimmung nicht in analoger Weise auf den beklagten Gläubiger angewendet werden für den Fall, dass die Klage des anfechtenden Gläubigers abgewiesen wurde; vergl. BE XXIV (1). 21.

[54]) Wurde daher dem Beklagten nur ein beanspruchtes Pfandrecht oder Rangprivileg, nicht aber seine persönliche Forderung als solche aberkannt, so wird er für die letztere nach dem Prozess in der fünften Klasse angewiesen. Ebenso BE XXII, 45, XXV (1), 76, 103, 112, XXX (1), 82; A II, 66; Jaeger, Art. 250, N. 10.

[55]) Vergl. die in Note 54 zitierten Urteile.

[56]) Ebenso Jaeger, Art. 250. N. 10. Diese Kosten gelten also nicht etwa als Masseverbindlichkeiten, wie dies der Fall ist, wenn sich der von einem Gläubiger siegreich durchgeführte Kollokationsprozess gegen die Konkursmasse richtete; vergl. BE XXV (1), 112. Die Kosten werden hier vielmehr zu der ursprünglich kollozierten Forderung des siegreichen Gläubigers im Kollokationsplan aufgenommen.

dividende erhöht bis zum vollen Betrag seiner Konkursforderung.[57]) Wird dadurch der Prozessgewinn nicht erschöpft, so fällt der Rest in die allgemeine Konkursmasse. Die Zuteilung des Prozessgewinnes erfolgt nicht durch das Konkursgericht selbst, sondern durch die Konkursverwaltung, gegen deren Verfügung Beschwerde geführt werden kann.[58])

§ 56.

Die Verwertung.

I. Art, Voraussetzungen und rechtliche Natur.

Wie bei allen übrigen Arten der Schuldbetreibung, hat auch im Konkurs die Befriedigung der Gläubiger in bar zu erfolgen, weshalb das Konkurssubstrat im Konkursverfahren verwertet, d. h. in Geld umgesetzt werden muss (sog. Versilberungsprinzip).

1. Die Arten der Verwertung sind im Konkurs regelmässig mannigfaltiger und freier wie bei der Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, und zwar deshalb, weil hier, da es sich um eine Generalliquidation des schuldnerischen Vermögens handelt, die Verwertung jedes einzelnen Gegenstandes unter allen Umständen erfolgen muss.

Regelmässige Verwertungsart bildet auch hier die öffentliche Versteigerung (vergl. unten II). In viel weiter gehendem Mass als bei den andern Betreibungsarten ist aber ferner der freihändige Verkauf gestattet (vergl. unten III). Unter bestimmten Voraussetzungen endlich kann ein zum Konkurssubstrat gehörender Anspruch durch Abtretung an einen Konkursgläubiger realisiert werden (vergl. unten IV).

[57]) Wurde die Kollokation eines Gläubigers durch verschiedene Mitgläubiger angefochten, so nehmen selbstverständlich die einzelnen Kläger an der Verteilung des Prozessgewinnes nur dann und insoweit teil, als sie selbst ein obsiegendes Urteil erstritten haben; vergl. BE XXV (1), 112.

[58]) Ebenso BE XXII, 45, XXXI (2), 28; A II, 66.

Eine Ausnahme von der konkursrechtlichen Verwertung wird — gleich wie bei der Betreibung auf Pfändung — für die Heimstätten geschaffen, indem B 260bis (ZGBE 60) die Bestimmungen des ZGB und die ergänzenden kantonalen Vorschriften betreffend die Heimstätten ausdrücklich vorbehält. Die betreibungsrechtliche Zwangsvollstreckung wird hinsichtlich der Heimstätten und ihrer Zugehör durch ZGB 354, Al. 3 überhaupt ausgeschlossen und durch die sog. Zwangsverwaltung ersetzt (ZGB 356; vergl. § 36, I, Ziff. 4 hievor).

2. Die Voraussetzungen der Verwertung sind verschieden je nach der Art der letztern.

In zeitlicher Beziehung wird regelmässig die vollendete Prüfung und Kollozierung der Konkursforderungen verlangt. Eine Ausnahme hievon findet jedoch statt beim vorzeitigen Verkauf gemäss B 243, Al. 2 (vergl. § 54, II hievor).

Wie alle übrigen Funktionen des Konkursverfahrens wird auch die Verwertung von Amtes wegen vorgenommen. Eine Einmischung des einzelnen Konkursgläubigers ist — abgesehen von der Abtretung gemäss B 260 — weder nötig noch möglich.

Eine Sistierung der Verwertung analog dem bei der Betreibung auf Pfändung gemäss B 123, 133, Al. 2 vorgesehenen Aufschub (vergl. § 35, II, Ziff. 3 hievor) ist der Natur der Sache nach ausgeschlossen.

Die Beschlussfassung über die Vornahme und die Art und Weise der Verwertung wird — abgesehen vom vorzeitigen Verkauf gemäss B 243, Al. 2 — regelmässig in das Ermessen der zweiten Gläubigerversammlung gestellt. Diese hat unter Vorbehalt des Beistimmungsrechtes der Pfandgläubiger darüber zu entscheiden, ob eine Versteigerung oder ein freihändiger Verkauf stattfinden soll (B 256, Al. 1 und 2; vergl. § 51, II. Ziff. 5, lit. c hievor).

3. Die rechtliche Natur der Verwertung ist die nämliche wie bei den übrigen Betreibungsarten. Trotz der gewählten äussern Form handelt es sich dabei nicht um ein privates Rechtsgeschäft, sondern um einen öffentlichrechtlichen Akt, wodurch dem dritten Erwerber unter be-

sondern, durch betreibungsrechtliche Bestimmungen geordneten Voraussetzungen Eigentum an einem zum Konkurssubstrat gehörenden Vermögensstück übertragen wird (vergl § 34, II, Ziff. 4 hievor).

II. Die Versteigerung.

Wenn die zweite Gläubigerversammlung nicht ausdrücklich etwas anderes beschliesst, so werden die zum Konkurssubstrat gehörenden Vermögensgegenstände auf Anordnung der Konkursverwaltung öffentlich versteigert (B 256, Al. 1).[1] Ist streitig, ob ein bestimmter Gegenstand zum Konkurssubstrat gehört oder nicht, indem über diese Frage ein Widerspruchsprozess hängig ist, so darf die Versteigerung nur als Notverkauf gemäss B 243, Al. 3 erfolgen.[2]

1. Die Anordnung der Versteigerung ist immer Sache der Konkursverwaltung, welche allerdings nach innen an die Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung gebunden ist (B 256, Al. 1; vergl. § 51, III, Ziff. 4 hievor). Daraus folgt, dass zeitlich die Verwertung nicht vor Errichtung des Kollokationsplans stattfinden soll, indem erst nach dieser die zweite Gläubigerversammlung einberufen wird. Aus dem Wortlaut in B 256, Al. 1 geht aber ferner hervor, dass der Konkursverwaltung nur die Sorge für die

[1]) Versteigerungsgegenstand kann auch eine Forderung des Gemeinschuldners sein, sofern sie nicht direkt einkassiert werden kann (B 243, Al. 1 und 3; vergl. § 54, II, Ziff. 3 hievor). Streitig ist dabei die Frage, ob die Gläubigerversammlung die Versteigerung einer Forderung auch dann beschliessen kann, wenn ein Gläubiger gemäss B 260 die Abtretung des Anspruches verlangt. Für Bejahung der Frage Reichel, Art. 256, N. 2; SchwJZ, II, 139 (Zürich); für Verneinung A V, 42 (Bundesrat); Jaeger, Art. 256, N. 1.

[2]) Eine Widerhandlung gegen diesen Grundsatz ist auf dem Beschwerdewege anzufechten, wobei es sich aber — entgegen der Ansicht von Jaeger, Art. 256, N. 1 und A V, 132 (Bundesrat) — nicht um eine blosse Ermessenssache, sondern um eine Frage der Verletzung der Vorschrift in B 242, Al. 2 handelt. Eine Verschiebung der Versteigerung eines Grundstückes ist nicht aus dem Grunde nötig, weil über ein am Grundstück behauptetes Pfandrecht ein Kollokationsprozess schwebt; vergl. A X, 57, XII, 9 (Bern).

Anordnung und die Vorbereitung der Versteigerung, nicht aber notwendigerweise die Leitung und Durchführung der letztern selbst zukommt. Das kantonale Recht kann also ein besonderes Steigerungsorgan, z. B. den Betreibungs- oder Konkursbeamten, bezeichnen. [3])

2. Die Vorbereitung der Versteigerung besteht — gleich wie bei der Betreibung auf Pfändung — in der Aufstellung der Steigerungsbedingungen und im Erlass der Steigerungspublikation.

a. Die Steigerungsbedingungen bilden die für die steigerungsmässige Hingabe der Verwertungsgegenstände im einzelnen Falle gesetzte Norm. Sie werden durch die Konkursverwaltung aufgestellt (B 259). Und zwar erfolgt ihre Festsetzung und ihre Bekanntmachung in gleicher Weise wie bei der Betreibung auf Pfändung, indem B 259 (ZGBE 60) die analoge Anwendung der Vorschriften in B 134 ausdrücklich vorsieht (vergl. § 36, II, Ziff. 1 hievor). Ebenso ist der Inhalt der Steigerungsbedingungen der gleiche wie bei der Betreibung auf Pfändung. Namentlich ist darin gemäss B 259 (ZGBE 60) ausdrücklich zu bestimmen, dass die auf dem Grundstücke haftenden Belastungen unter Ueberbindung der damit verbundenen persönlichen Schuldpflicht auf den Erwerber übergehen, wie dies in B 135 (ZGBE 60) vorgesehen ist (vergl. § 36, II, Ziff. 1, lit. c, cc hievor).

Ein Unterschied gegenüber der Betreibung auf Pfändung liegt jedoch darin, dass bei der konkursrechtlichen Verwertung von Liegenschaften kein besonderes Verfahren zur Bereinigung der auf dem Grundstück ruhenden Lasten stattfindet, wie es in B 138, Ziff. 3, 140 vorgesehen ist. Über die Anerkennung oder Nichtanerkennung solcher Lasten hat vielmehr die Konkursverwaltung bei Aufstellung des Kollokationsplanes zu entscheiden. Der letztere stellt daher hier auch das Lastenverzeichnis dar, und es können bei der Verwertung nur diejenigen dinglichen Belastungen berück-

---

[3]) Ebenso BE XXXI (1), 128, sowie Jaeger, Art. 256, N. 2. Vergl. z. B. Bern, EG 67 und dazu Monatsschrift f. bern. Verwaltungsrecht, I, Nr. 170 und 229, III, Nr. 175.

sichtigt werden, welche im rechtskräftig gewordenen Kollokationsplan anerkannt sind.[4])

b. Die Steigerungspublikation ist — unter Vorbehalt des soeben Angeführten — in gleicher Weise abzufassen und zu erlassen wie bei der Betreibung auf Pfändung (vergl. § 36, II, Ziff. 4 hievor). Sie enthält demnach Ort, Tag und Stunde der Steigerung und, sofern Liegenschaften zu verwerten sind, die Angabe des Tages, von welchem an die Steigerungsbedingungen beim Konkursamt — nicht etwa bei der Konkursverwaltung — zur Einsicht aufgelegt sein werden (B 257, Al. 1 und 2). Dagegen fehlt natürlich in der Steigerungspublikation eine Aufforderung gemäss B 138, Ziff. 3 betreffend die Anmeldung der dinglichen Lasten.

Die Veröffentlichung der Steigerungsbedingungen erfolgt gemäss B 35 im kantonalen Amtsblatt. Sind Liegenschaften zu versteigern, so hat die Bekanntmachung gemäss B 257, Al. 2 mindestens einen Monat vor dem Steigerungstage zu erfolgen.[5]) Eine persönliche Benachrichtigung findet nur gegenüber den Grundpfandgläubigern statt, welchen gemäss B 257, Al. 3 ein Exemplar der Bekanntmachung mit Angabe der Schätzungssumme besonders zugestellt wird.[6])

Besondere Massnahmen werden für den Fall der Versteigerung eines Lebensversicherungsanspruches vorgesehen durch Art. 15–20 der Verordnung vom 10. Mai 1910

---

[4]) Ebenso Jaeger, Art. 257, N. 5 und 259, N. 2, welcher richtig hervorhebt, dass nach eingetretener Rechtskraft des Kollokationsplanes eine Anfechtung jener Belastungen nicht mehr erfolgen kann. Ein Lastenverzeichnis gemäss B 140 kann aber auch nicht etwa durch das kantonale Recht vorgesehen werden; vergl. SchwJZ, III, 26.

[5]) Diese Fristansetzung ist eine blosse Ordnungsvorschrift, deren Nichteinhaltung nicht die Gültigkeit der abgehaltenen Steigerung beeinflusst. Jedoch kann die Einhaltung beschwerdeweise verlangt werden; vergl BE XXV (1), 48, XXVIII (1), 74.

[6]) Als Schätzung kommt dabei die gemäss B 227 bei der Inventaraufnahme getroffene in Betracht (vergl. § 53, II, Ziff. 4 hievor). Eine zweite Schätzung, wie sie B 140, Al. 2 bei der Betreibung auf Pfändung vorsieht, findet hier nicht statt und ebensowenig eine persönliche Benachrichtigung der nicht pfandversicherten Gläubiger analog B 139; vergl. BE XXVIII (1), 74.

betr. die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen (vergl. § 47, III, Ziff. 1, lit. c hievor).[6a])

3. Hinsichtlich der Steigerung selbst stellt das Gesetz wiederum im grossen und ganzen auf die für die Betreibung auf Pfändung geltenden Vorschriften ab, mit den durch die Natur des Konkurses als Generalexekution bedingten Änderungen.

a. Speziell das Steigerungsverfahren ist mit dem für die Betreibung auf Pfändung vorgesehenen identisch (vergl. § 35, III, Ziff 2 hievor.[7])

[6a]) Und zwar hat hiernach die Steigerungspublikation ebenfalls mindestens einen Monat vor der Steigerung zu erfolgen, und es ist darin neben Angabe der Art des Versicherungsanspruches und des gemäss Art 92 des Versicherungsvertragsgesetzes festgestellten Rückkaufswertes auch eine Aufforderung an einen allfälligen Ehegatten und allfällige Nachkommen des Schuldners aufzunehmen, sich spätestens 14 Tage vor der Versteigerung über die Zustimmung des Schuldners zu einer von ihnen gemäss Art. 86 VVG beanspruchten Übernahme des Versicherungsanspruches auszuweisen und den Übernahmspreis, bezw. wenn auf dem Versicherungsanspruch eine den Rückkaufswert übersteigende Pfandforderung haftet, den Betrag der letztern zu bezahlen. Diese Anzeige wird mit der Androhung verbunden, dass bei Nichtbeachtung der Aufforderung das Übernahmsrecht als verwirkt betrachtet werde. Soweit sie der Konkursverwaltung bekannt sind, wird dem Ehegatten und den Nachkommen des Gemeinschuldners ein Exemplar der Bekanntmachung zugestellt. Der Konkursverwalter hat sich die Zustimmung des Schuldners, bezw. die Eigenschaften des Ansprechers als Ehegatte oder Nachkomme des letztern im Zweifelsfalle nachweisen zu lassen, worüber die Verordnung bestimmte Vorschriften enthält. Der Übergang ist vom Konkursverwalter auf der Police zu verurkunden. Beanspruchen mehrere Berechtigte die Übertragung auf alle zusammen, so haben sie einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen, dem die Police ausgehändigt werden kann. Verlangt dagegen von mehreren Berechtigten jeder die Übertragung auf seine Person allein, so hat sich jeder über die Zustimmung des Schuldners auszuweisen und den Rückkaufswert zu deponieren. Die Übertragung und ebenso die Verwertung wird jedoch sistiert, bis durch rechtskräftiges Urteil oder gleichwertigen Akt über den Anspruch entschieden ist.

[7]) Die Steigerung braucht nicht am Orte der Konkurseröffnung stattzufinden. Die Wahl des Steigerungsortes ist vielmehr eine Ermessenssache der Konkursverwaltung; vergl. BE XXXI (1), 128.

b. Der Zuschlag ist auch hier für die Verwertung beweglicher und für diejenige unbeweglicher Sachen verschieden geregelt.

aa. Bewegliche Sachen werden nach dreimaligem Aufruf dem Meistbietenden zugeschlagen (B 258, Al. 1).[8])

Es ist also hier — im Gegensatz zur Betreibung auf Pfändung (B 126) — weder die Erreichung des Schätzungswertes, noch auch ein Übersteigen des Betrages allfälliger auf der Sache haftender Pfandrechte, sondern einzig ein Höchstangebot notwendig.[9]) Dagegen wird durch B 259 die Vorschrift in B 128 vorbehalten, wonach Gold- und Silbersachen nicht unter ihrem Metallwert zugeschlagen werden sollen. Vielmehr sind dieselben in Ermangelung eines derartigen Angebotes freihändig zum Kurswert des Metalls, gemäss B 243, Al. 2 zu verkaufen.[9a])

bb. Liegenschaften werden nach dreimaligem Aufruf zugeschlagen, sofern das Angebot die Schätzungssumme — wie sie gemäss B 227 bei der Inventaraufnahme festgestellt wurde — erreicht. Ein Übersteigen der auf dem Grundstück lastenden Pfandrechte ist also für diesen Zuschlag — im Gegensatz zur Betreibung auf Pfändung (B 141, Al. 1) — nicht erforderlich. Dagegen erklärt nun B 258, Al. 4 (ZGBE 60) zu Gunsten des Pfandgläubigers die Vorschrift in B 141, Al. 3 (ZGBE 60) als analog anwendbar. Im Falle der Belastung eines Grundstückes mit einer Dienstbarkeit oder Grundlast ohne Zustimmung des vorhergehenden Grundpfandgläubigers hat dieser letztere daher das Recht, bei der Versteigerung den Aufruf der Liegenschaft sowohl mit als auch ohne Anzeige der neuen Last zu ver-

---

[8]) Zu den beweglichen Sachen gehören auch alle Forderungen mit Inbegriff der pfandgesicherten; vergl BE XXX (1), 140; SchwJZ. II. 93 (Zürich).

[9]) Ebenso BE XXX (1), 140. Die Verweigerung des Zuschlages ist durch Beschwerde anzufechten.

[9a]) Ist der Verwertungsgegenstand versichert, so ist bei der Verwertungshandlung darauf hinzuweisen, und, sofern die Gesamtheit der versicherten Gegenstände durch eine Person erworben wird, der Versicherer vom Eigentumsübergang sofort in Kenntnis zu setzen (Verordnung vom 10. Mai 1910, Art. 3).

langen. Reicht das Angebot für die Liegenschaft mit der neuen Last zur Befriedigung des Gläubigers nicht aus und erhält dieser ohne die neue Last bessere Deckung, so ist er berechtigt, deren Löschung im Grundbuch zu verlangen. Bleibt nach seiner Deckung ein Überschuss, so ist er in erster Linie bis zur Höhe der Wertung der neuen Last zur Entschädigung des Berechtigten zu verwenden.

Erfolgt bei der Steigerung kein Angebot, welches den gemäss B 227 festgestellten Schätzungswert erreicht, so wird eine zweite Steigerung angeordnet. Die Bieter der ersten Steigerung sind ihres Angebotes entbunden.[10]) Bei der zweiten Steigerung, welche innerhalb zwei Monaten nach der ersten stattfindet, wird die Liegenschaft dem Meistbietenden zugeschlagen. Für die zweite Steigerung sind die Bestimmungen in B 257 ebenfalls massgebend. In der Bekanntmachung ist das höchste Angebot der ersten Steigerung anzugeben (B 258, Al. 2 und 3). Die Steigerungsbedingungen und die Steigerungspublikation werden — wenigstens in formeller Beziehung — neu aufgestellt und sind daher auch selbständig durch Beschwerde anfechtbar.[11])

cc. Eine Anfechtung des Zuschlages und damit auch des Eigentumserwerbs seitens des Ersteigerers hat mit Rücksicht auf die öffentlichrechtliche Natur des Zuschlages — gleich wie bei der Betreibung auf Pfändung — einzig durch Beschwerde zu erfolgen (vergl. B 259 (ZGBE 60), wodurch die Vorschriften in B 136[bis] (ZGBE 60) anwendbar erklärt werden; vergl. § 35, III, Ziff. 3, lit. d und § 36, III, Ziff. 2, lit. d hievor).

dd. Ebenso sind die Wirkungen des Zuschlages hier genau die gleichen wie bei der Betreibung auf Pfändung (vergl. § 35, III, Ziff. 3, lit. c und § 36, III, Ziff. 2, lit. c

[10]) Eine Behaftung des zweithöchsten Bieters ist gestattet für den Fall, dass das höhere Angebot nicht in gültiger Weise erfolgt. Immerhin muss dies in den Steigerungsbedingungen ausdrücklich vorbehalten sein; vergl. BE XXIII, 264.

[11]) Ebenso BE XXVIII (1), 74, XXX (1), 103, XXXII (1), 122, XXXIII (1), 67; SchwJZ, IV, 47 (Aargau).

hievor). Namentlich gestaltet sich hier der Eigentumsübergang und seine Folgen in gleicher Weise wie dort.

c. Für die Bezahlung des Steigerungspreises, sowie namentlich auch für die Folgen eines Zahlungsverzuges sind gemäss B 259 die in B 129, 136, 137 und 143 hinsichtlich der Betreibung auf Pfändung aufgestellten Vorschriften massgebend (vergl. § 35, III, Ziff. 4 und § 36, III, Ziff. 3 hievor).[12])

III. Der freihändige Verkauf.

Im Konkursverfahren kommt der freihändige Verkauf entweder als ordentliche oder als ausserordentliche Verwertungsart vor.

1. Als ausserordentliche Verwertungsart ist er dann zu bezeichnen, wenn er bereits im Stadium der Verwaltung der Konkursmasse als vorzeitiger Verkauf gemäss B 243, Al. 2 erfolgt (vergl. § 54, II, Ziff. 2 hievor).

2. Als ordentliche Verwertungsart ist der freihändige Verkauf der Versteigerung koordiniert. Seine Voraussetzungen sind rein subjektiver Natur, indem er regelmässig durch die Gläubigerversammlung beliebig angeordnet werden kann (B 256, Al. 1).[13]) Einzig verpfändete Vermögensstücke dürfen nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger anders als durch Verkauf an öffentlicher Steigerung verwertet werden (B 256, Al. 2). Ein Lebensversicherungsanspruch darf nicht freihändig verkauft werden, bevor dem Ehegatten und den Nachkommen Gelegenheit gegeben wurde, ihr Übernahmsrecht gemäss Art. 86 des Bundes-

[12]) Die Ansetzung einer neuen Steigerung hat nicht zu erfolgen, wenn das Steigerungsorgan ein Höchstangebot wegen Unzulänglichkeit der vom Ersteigerer angebotenen Sicherheiten von vornherein ablehnt; vergl. BE XXIII, 264.

[13]) Die erste Gläubigerversammlung ist dazu nur in den Ausnahmefällen gemäss B 238 befugt (vergl. § 51, II, Ziff. 5 hievor). Ebenso BE XXXII (1), 80; A VII, 61. Die Konkursverwaltung ihrerseits ist, abgesehen vom vorzeitigen Verkauf gemäss B 243, Al. 2, zum freihändigen Verkauf nicht berechtigt, und es kann ihre daherige Anordnung durch Beschwerde angefochten werden; vergl. BE XXVII (1), 48; A VI, 19; VII, 10.

gesetzes vom 2. April 1908 geltend zu machen (Verordnung vom 10. Mai 1910, Art. 21; vergl. oben Note 6a).

Die Ausführung des freihändigen Verkaufs ist Sache der Konkursverwaltung. Sie ist dabei an die ihr von der Gläubigerversammlung gegebenen Limiten und Spezialaufträge gegen innen gebunden und macht sich durch deren Nichtbefolgung zivilrechtlich verantwortlich. Gegen aussen muss der Verkauf immer dann als rechtsgültig betrachtet werden, wenn überhaupt ein Beschluss der Gläubigerversammlung auf freihändigen Verkauf vorliegt.

Die Form des freihändigen Verkaufs richtet sich nach den Vorschriften des geltenden Zivilrechtes.[14]) Der Verkauf kann, da er als konkursrechtlicher Verwertungsakt öffentlichrechtliche Bedeutung hat, durch Beschwerde angefochten werden.

IV. Die Abtretung von Ansprüchen.[15])

Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet (B 260, Al. 1). Diese Abtretung von Rechtsansprüchen bildet — wie schon aus der Stellung der Vorschrift im System des Gesetzes hervorgeht — ein Institut der Verwertung. An dieser Tatsache ist festzuhalten bei der Stellungnahme zu den zahlreichen Streitfragen, welche sich mit Bezug auf die Auslegung der Bestimmung in B 260 erhoben haben.

1. Gegenstand der Abtretung sind gemäss B 260, Al. 1, nur Rechtsansprüche der Masse, also niemals körper-

[14]) Vergl. A VII, 10. Die zivilrechtlichen Formen sind aber nur anwendbar, wenn wirklich ein freihändiger Verkauf stattfindet. Dagegen kann die Gläubigerversammlung nicht an Stelle einer Zwangsversteigerung gemäss B 256 die durch das kantonale Zivilrecht vorgesehene Steigerungsart setzen; unrichtig SchwJZ III, 162 (Solothurn).

[15]) Lit.: Götzinger, Art. 260 B und seine Anwendung in der Praxis; Referat am schweiz. Juristentag 1906, ZschwR, N. F., XXV, 497 ff.; dazu die Verhandlungen des Juristenvereins, a. a. O., 712 ff.; Brand, Drei Rechtsfälle zur Beleuchtung des Art. 260 B und seiner Auslegung in der Praxis; A X, S. 129 ff.



liche Gegenstände. Und zwar können einzig solche Ansprüche in Betracht fallen, welche wirklich zum Konkurssubstrat gehören und daher mit dem letztern zu verwerten sind.

Nicht hieher gehören deshalb blosse prozessuale Befugnisse der Konkursmasse, bezw. der Konkursverwaltung, wie z. B. das Recht, in einem hängigen Prozess ein Rechtsmittel zu ergreifen, Appellation oder Berufung zu erklären.[16])

Aus dem nämlichen Grunde kann aber eine Abtretung auch nicht stattfinden hinsichtlich des der Konkursmasse zustehenden Rechtes, sich einer gegen den Kollokationsplan gerichteten Klage gemäss B 250 im Prozesswege zu widersetzen. Hier handelt es sich eben wiederum nicht um einen Anspruch, der zum Konkurssubstrat gehört, sondern um einen solchen, der sich auf das Konkursobjekt bezieht (vergl. § 55, III, Ziff. 2, lit. b hievor).[17])

Sobald sich dagegen ein Anspruch wirklich auf das Konkurssubstrat als solches bezieht und daher seinerseits einen Vermögenswert darstellt, welcher im Konkursverfahren zu verwerten wäre, so bildet er ohne weiteres Gegenstand der Abtretung gemäss B 260. Dies betrifft namentlich alle dem Gemeinschuldner zustehenden und daher in die Konkursmasse fallenden Eigentums- oder Forderungsansprüche.[18]) Ferner gehören hieher die Anfechtungsansprüche der Masse gemäss B 285 ff., da dieselben laut B 200 ebenfalls Bestandteile des Konkurssubstrates bilden. Immerhin kommt es bei diesen letztern Ansprüchen auf die Art und Weise ihrer Geltendmachung im konkreten Falle an. Muss nämlich der Anfechtungsanspruch einredeweise gegenüber einer gegen die Masse angestellten Kollokationsklage gemäss B 250, Al. 1

---

[16]) Ebenso BE XXIX (2), 47, XXX (2), 42, wo allerdings der Begriff etwas zu weit gefasst wird. Er wird richtiggestellt in BE XXXII (2), 24, SchwJZ II, 64. Gleich wie oben auch Götzinger, a. a. O, 508 dagegen unrichtig die frühere Praxis in BE XIX, 50.

[17]) Ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, BE XXIX (2), 47, XXX (2), 42, XXXIII (2) 102, Götzinger, a. a. O., 508 ff., jedoch mit kritischen Bemerkungen de lege ferenda. Unrichtig ZBJV XL, 505 (Bern).

[18]) Ob ein Anspruch materiell begründet oder aber zweifelhaft ist, übt auf die Abtretungsfrage keinen Einfluss aus; vergl. BE XXII, 47.

geltend gemacht werden, so kann nicht ein Konkursgläubiger die Abtretung des Anfechtungsanspruches verlangen, um dadurch den gegen die Masse gerichteten Kollokationsstreit, welcher sich nach dem oben Ausgeführten nicht auf das Konkurssubstrat, sondern auf das Konkursobjekt bezieht, an sich zu reissen.[19]) Bestreitet umgekehrt ein Gläubiger die Kollokation eines andern im Wege der Kollokationsklage gemäss B 250, Al. 1, so kann er sich selbständig auf das anfechtbare Zustandekommen der von ihm angefochtenen Konkursforderung stützen, ohne vorher eine Abtretung des Anfechtungsanspruches gemäss B 260 verlangt zu haben (vergl. § 55, III, Ziff. 2, lit. b hievor).

In allen andern Fällen dagegen ist ein auf das Konkurssubstrat bezüglicher Anspruch gemäss B 260 abtretbar, gleichviel ob er bestritten oder unbestritten, im Prozess begriffen ist oder nicht.[20]) Ebenso ist es gleichgültig, ob die Masse ihren Anspruch in dem hängigen Prozess als Klägerin oder als Beklagte zu verteidigen hat, mit der schon oben erwähnten Ausnahme des Kollokationsprozesses. Der wichtigste Fall ist dabei derjenige eines Widerspruchsprozesses gemäss B 242, Al. 2. Ebensogut wie der Eigentumsanspruch des Gemeinschuldners Abtretungsgegenstand bilden kann, wenn die Sache einem Dritten abverlangt werden muss, ebenso kann er es, wenn ein Dritter durch die Wider-

[19]) Ebenso Götzinger, a. a. O., 509. A. M. Brand in den Anmerkungen zu A VIII, 66 und X, 44, welcher von der richtigen Ansicht ausgeht, dass auch solche Ansprüche abtretbar sind, welche die Konkursmasse nicht klageweise, sondern einredeweise als Prozessbeklagte geltend zu machen hat, jedoch im konkreten Fall das oben im Text signalisierte Moment ausser Acht lässt, dass es sich nämlich im Kollokationsprozess gar nicht um die Feststellung des Konkurssubstrates, sondern um eine solche des Konkursobjektes handelt. Nicht mit der hier erörterten zu verwechseln ist die weitere Frage, ob nicht der Konkursgläubiger die auf ungesetzliche Gründe — z. B. Mangel an Geld zur Prozessführung — gestützte Weigerung der Konkursverwaltung, einen gegen sie gemäss B 250 angehobenen Kollokationsprozess aufzunehmen, beschwerdeweise anfechten kann. Diese Frage ist zu bejahen (vergl. § 55 hievor, Note 25).

[20]) Ebenso BE XXVII (2), 15.

spruchsklage der Konkursmasse das Eigentum an der Sache streitig macht. Im einen wie im andern Fall handelt es sich um einen zum Konkurssubstrat gehörenden Anspruch.[21]) Was dabei über den Widerspruchsprozess im allgemeinen zu sagen ist, gilt namentlich auch vom Aussonderungsanspruch gemäss B 201, 202, 203 (vergl. § 47, V hievor). Das Recht, sich einem solchen Anspruch zu widersetzen, bildet ebenfalls einen Teil des Konkurssubstrates. Unterlässt es deshalb in diesen Fällen die Konkursverwaltung, dem Drittansprecher eine Frist gemäss Art. 242, Al. 2 anzusetzen, so kann jeder Gläubiger die Abtretung des Eigentumsanspruches auf den betreffenden Gegenstand verlangen und sodann die Konkursverwaltung auf dem Beschwerdeweg zur Ansetzung einer Frist anhalten.[22])

2. Die Voraussetzungen der Abtretung machen sich nach zwei Seiten hin geltend:

a. Nötig ist vor allem ein Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger auf den Anspruch (B 260, Al. 1).[23]) Die Gesamtheit der Gläubiger im Sinne der Gesetzesvorschrift wird dabei zweifelsohne durch die zweite oder eine

---

[21]) Ebenso Götzinger, a. a. O., 511 ff.; Brand, Anmerkung zu A X, 44; BE XXIII, 147, XXIV (1), 153, XXVII (2), 15, XXIX (1), 68, XXXI (2), 64, XXXII (1), 118, XXXII (2), 24; A X, 42 (Bern). Dagegen gehört nicht hieher ein Beschwerdeanspruch betr. Ausscheidung der Kompetenzstücke, wie denn überhaupt die auf dem Beschwerdeweg festzustellenden Ansprüche niemals unter B 260 fallen: vergl. BE XXIII, 63, XXXII (1), 29; unklar BE XXXIII (1), 143.

[22]) Ebenso Götzinger, a. a. O., S. 512 f.; BE XXIII, 177, XXVII (1), 39, XXVII (2), 15; A VI, 18. Die Frage, ob der Gläubiger schon vor erfolgter Abtretung befugt sei, auf dem Beschwerdeweg zu verlangen, dass die Konkursverwaltung einem Aussonderungsansprecher eine Frist gemäss B 242, Al. 2 anzusetzen habe, wurde durch BE XXIII, 49 verneint, durch BE XXVIII (1), 92 bejaht. Sie hat aber, wie Götzinger, a. a. O., S. 511 nachweist, wenig praktische Bedeutung, da ja der Gläubiger nur dann gegen den Dritten vorgehen kann, wenn er die Abtretung erhalten hat.

[23]) Vor erfolgtem Verzicht sind also die einzelnen Konkursgläubiger niemals zur Einklagung eines zum Konkurssubstrat gehörenden Anspruches legitimiert; vergl. BE XXIV (2), 57.

weitere Gläubigerversammlung repräsentiert.[24]) Von ihr und nicht etwa bloss von der Konkursverwaltung hat deshalb regelmässig die Verzichtleistung auszugehen. Kommt jedoch die zweite Gläubigerversammlung nicht zu Stande, so erklären damit die Gläubiger stillschweigend, dass sie der Konkursverwaltung die Leitung des Konkursverfahrens überlassen, weshalb diese auch an ihrer Stelle gemäss B 260 verfügen kann.[25])

Der Verzicht kann entweder ausdrücklich erklärt werden oder aber implicite aus einer konkludenten Handlung der Gläubigerversammlung, bezw. im letztgenannten Fall der Konkursverwaltung, hervorgehen, wie z. B. aus dem Beschluss auf Herausgabe der von einem Dritten beanspruchten Sache,[26]) oder aus der Konstatierung, dass in der Konkursmasse keine Mittel zur Durchführung des zur Wahrung eines Anspruches notwendigen Prozesses vorhanden sind.[27]) Dagegen stellt der Abschluss eines Vergleiches mit der Gegenpartei über den betreffenden Anspruch keinen Verzicht der Gläubigerversammlung auf den letztern, sondern vielmehr eine Geltendmachung desselben dar.[28]) Ebenso gibt die Kollokation einer Forderung demjenigen Gläubiger, welcher diese Forderung für unbegründet hält, nicht das Recht, die Abtretung des

[24]) BE XXXII (1), 118 setzt «der Gesamtheit der Gläubiger» einfach die Masse gleich.

[25]) Ebenso Götzinger, a. a. O., S. 517; BE XXX (1), 128; A VIII, 66. In gleichem Sinne offenbar auch Reichel, Art. 260, N. 3. Dagegen nimmt Jaeger, Art. 260, N. 5 für diesen Fall eine Anfrage der Gläubiger auf dem Zirkularweg in Aussicht.

[26]) Vergl. auch BE XXI, 36, A XI, 41. Umgekehrt kann der Verzicht der Gläubigerversammlung, einen Widerspruchsprozess auf eigene Kosten aufzunehmen, vom Dritten nicht als Anerkennung seines Aussonderungsanspruches ausgelegt werden. Er kann daher die Herausgabe der Sache nur verlangen, wenn einmal feststeht, dass kein Gläubiger die Abtretung des Anspruches gemäss B 260 verlangt; vergl. BE XXVII (2), 15.

[27]) Vergl. BE XXX (1), 128.

[28]) Ebenso Jaeger, Art. 260, N. 6; BE XXIV (1), 71, XXVII (1), 111; A III, 18. A. M. Götzinger, a. a. O., S. 518.

Anspruches der Masse auf Nichtanerkennung jener Forderung zu verlangen.[29])

b. Zweite Voraussetzung der Abtretung ist das Abtretungsbegehren eines Gläubigers (B 260, Al. 1). Es muss feststehen, wer die betreffende Forderung übernehmen will.

3. Die Legitimation zum Begehren um Abtretung eines Anspruches und zur Uebernahme desselben besitzt jeder Konkursgläubiger, dessen Forderung im rechtskräftig gewordenen Kollokationsplan ganz oder teilweise anerkannt ist.[30]) Hieher gehören also auch Pfandgläubiger und privilegierte Gläubiger. Verlangen mehrere Gläubiger gleichzeitig die Abtretung, so muss diese an alle gemeinsam stattfinden, ohne Rücksicht auf den Rang ihrer Forderungen, da jeder Konkursgläubiger in gleicher Weise legitimiert ist.[31])

Keine Abtretung kann der Natur der Sache nach derjenige Konkursgläubiger verlangen, gegen welchen sich der abzutretende Anspruch richtet.[32])

4. Die Wirkung der Abtretung macht sich nach verschiedenen Richtungen hin geltend:

a. Der Gläubiger, welchem abgetreten wurde, hat das Recht, den Anspruch an Stelle der Konkursmasse einzutreiben. Er hat sich hiezu durch eine Be-

---

[29]) Vergl. BE XXXII (1), 68. Er hat vielmehr selbst gemäss B 250 den Kollokationsplan anzufechten.

[30]) Die von Götzinger, a. a. O., S. 502 in Übereinstimmung mit Jaeger, Art. 260, N. 1 befürwortete Zulassung solcher Konkursgläubiger, deren eigene Konkursforderung bestritten ist, scheint mir bedenklich.

[31]) Dagegen wird der Rang der einzelnen Gläubiger bei der Verteilung eines Prozessgewinnes berücksichtigt: vergl. Jaeger, Art. 260, N. 1; BE XXV (1), 122; ferner unten Ziff. 4, lit. c.

[32]) Ebenso BE XXIX (1), 77; A VIII, 3; Götzinger, a. a. O., S. 516; vergl. jedoch einen Spezialfall in A IX, 67. Der Dritte kann als Beklagter die Gültigkeit der geschehenen Abtretung gemäss B 260 nicht durch eine Legitimationseinrede im Prozess bestreiten, da die Abtretung ein Institut der konkursrechtlichen Verwertung ist, über dessen richtige Handhabung einzig die Aufsichtsbehörden und nicht die Gerichte zu entscheiden haben; vergl. BE XXXII (2) 52, A IX, 105; Brüstlein in A VII, 11.

scheinigung der Konkursverwaltung über die Rechtsgültigkeit der erfolgten Abtretung zu legitimieren.[33]) Er tritt durch die Abtretung in die rechtliche Stellung der Konkursmasse, bezw. des Gemeinschuldners ein und hat sich deshalb auch die nämlichen Einreden wie jene gefallen zu lassen. Wird mehreren Gläubigern abgetreten, so kann jeder von ihnen den ganzen Einspruch einklagen, ohne dass ihm der Beklagte die Einrede mehrerer Streitgenossen entgegensetzen könnte.[34]) Das Recht der Konkursmasse, bezw. der Konkursverwaltung, selbst über den Anspruch zu verfügen, fällt mit der geschehenen Abtretung dahin.[35])

b. Aus dem soeben Gesagten folgt aber auch eine Pflicht des betreffenden Gläubigers, den ihm abgetretenen Anspruch wirklich zu realisieren. Und zwar kann die Konkursverwaltung im Interesse einer richtigen Durchführung der konkursrechtlichen Liquidation verlangen, dass dies innerhalb einer angemessenen Frist geschehe, mit der Androhung, dass sonst über den Anspruch anderweitig, z. B. durch Versteigerung, verfügt werde.[36]) Aus dem gleichen Grund endlich kann der Gläubiger, welchem abgetreten wurde, auch nicht zu Gunsten des Drittschuldners auf den Anspruch verzichten. Leistet er nämlich darauf Verzicht, so fällt jener einfach wieder an die Masse zurück.[37])

[33]) Bestritten in BE XXI, 36, mit der Motivierung, dass die Abtretung gemäss B 260 eine «gesetzliche» sei. Wie oben dagegen SchwJZ IV, 23 (Waadt).

[34]) Ebenso BE XXXIII (2), 48. Die selbständige Berechtigung jedes Gläubigers, dem abgetreten wurde, bringt es auch mit sich, dass ihm ein von einem Mitgläubiger, dem ebenfalls abgetreten wurde, mit dem Dritten abgeschlossenen Vergleich nicht entgegengehalten werden kann; vergl. ZBJV XLI, 258 (Bern).

[35]) Wird deshalb gegen die Abtretung als solche Beschwerde erhoben, so ist im Beschwerdeverfahren auch der Gläubiger, welchem abgetreten wurde, legitimiert; vergl. BE XXXI (1), 65.

[36]) Diese Ansicht scheint — allerdings ziemlich unbestimmt — auch in BE XXIX (1), 56, XXIX (2), 88, A VII, 88 vertreten zu werden, wo in richtiger Weise hervorgehoben wird, dass jedenfalls der Dritte, gegen welchen sich der abgetretene Anspruch richtet, eine derartige Fristansetzung an den Gläubiger nicht verlangen kann.

[37]) Vergl. BE XXXIII (2), 48.

Der Gläubiger, welchem abgetreten wurde, hat aber auch diejenigen Bedingungen zu erfüllen, unter welchen allein der abgetretene Anspruch von der Konkursmasse selbst realisiert werden könnte. Steht deshalb diesem Anspruch eine Forderung des Dritten auf eine Gegenleistung gegenüber, so hat der Gläubiger, welchem der Anspruch gegenüber dem Dritten abgetreten wurde, auch für die Beschaffung jener Gegenleistung aufzukommen, und kann dieselbe nicht etwa von der Konkursverwaltung verlangen.[37a])

c. Das Ergebnis der erfolgten Eintreibung des abgetretenen Anspruches dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Überschuss ist an die Masse abzuliefern (B 260, Al. 2). Der eingetriebene Betrag fällt also nicht ohne weiteres an die eintreibenden Gläubiger. Sie haben vielmehr nur das Recht, von der Konkursverwaltung eine Zuweisung desselben in bestimmtem Umfang zu verlangen. Und zwar werden daraus vor allem die Kosten der Eintreibung gedeckt, soweit dieselben nicht vom Drittschuldner zu bezahlen und von ihm erhältlich sind.[38]) Aus dem Rest des eingetriebenen Betrages wird die den eintreibenden Gläubigern nach dem Kollokationsplan zukommende Konkursdividende ergänzt, bis sie die Höhe der vollen Konkursforderung erreicht. Beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger muss immer die Konkursforderung des Gläubigers einer frühern Klasse voll gedeckt sein, bevor der Gläubiger einer nachfolgenden Klasse vom Prozessgewinn — abgesehen von der Deckung seiner Ein-

---

[37a]) Ebenso BE XXIX (1), 20.

[38]) Diese Kosten sind im Kollokationsplan aufzunehmen und es kann ihr Betrag von den übrigen Konkursgläubigern gemäss B 250, Al. 2 angefochten werden. Ebenso Jaeger, Art. 260, N. 8 und Götzinger, a. a. O., S. 521, welcher richtig bemerkt, dass bei einem ungünstig verlaufenden Prozess der eintreibende Gläubiger nicht etwa Anspruch auf Ersatz seiner Kosten aus der Konkursmasse besitzt.

treibungskosten — etwas erhält.[39]) Was nach voller Deckung aller eintreibenden Gläubiger übrig bleibt, fällt in die allgemeine Masse. Die Verteilung des Eintreibungsergebnisses besorgt die Konkursverwaltung.

5. Aus der im Vorstehenden gegebenen Darstellung des Institutes der Abtretung ergibt sich auch seine rechtliche Natur. Trotz der in B 260 gewählten Bezeichnung «Abtretung» handelt es sich dabei nicht um eine Zession im privatrechtlichen Sinn. Der Anspruch geht nicht auf den betreffenden Gläubiger über, wie dies mit aller Deutlichkeit aus der Vorschrift in B 260, Al. 2 betreffend die Verteilung des Eintreibungsergebnisses folgt.[40]) Der Gläubiger wird vielmehr Eintreibungsorgan der Konkursmasse, wobei er allerdings die Realisierung des Anspruches auf eigene Kosten und Gefahr übernimmt.[41]) Das in B 260 vorgesehene Institut ist deshalb nichts anderes als eine besondere Art der Verwertung des Konkurssubstrates unter intensiver Heranziehung des Gläubigerelementes. Daraus folgt, dass der eintreibende Gläubiger immer im Namen der Konkursmasse, bezw. der Konkursverwaltung vorzugehen hat und dass ihm der Drittschuldner dabei nur solche Einreden entgegenhalten kann, welche ihm der Konkursmasse, bezw. dem Gemeinschuldner gegenüber zuständen, dagegen nicht solche, welche er gegenüber dem eintreibenden Gläubiger persönlich besitzt.[42])

---

[39]) Im gleichen Sinne auch Götzinger, a. a. O., S. 520; BE XXV (1), 122, vergl. A XI. 67. Die Konkursverwaltung hat jedem einzelnen Gläubiger sein Betreffnis zuzuteilen; vergl. BE XXXI (1), 124. Eine Anfechtung des Vorzugsrechtes der eintreibenden Gläubiger auf das Eintreibungsergebnis kann nicht mehr erfolgen, wenn die Abtretung gemäss B 260 als solche nicht angefochten wurde; vergl. BE XXIX (1), 78.

[40]) Ebenso BE XIX, 47, XXVII (2), 15. Der Gläubiger ist aber auch nicht procurator in rem suam, wie ihn BE XXIX (1), 20, allerdings mit tatsächlich richtiger Auffassung seiner Stellung, bezeichnet. Er ist vielmehr einfach Inkassomandatar der Konkursverwaltung, bezw. der Konkursmasse; vergl. Jaeger, Art. 260, N. 3; Götzinger, a. a. O., S. 506 ff.; BE XXIX (1), 78.

[41]) Vergl. die Zitate in Note 40.

[42]) Vergl. oben Ziff. 4, lit. a, sowie Note 40.

Bei Widerruf des Konkurses endlich fällt auch die geschehene Abtretung gemäss B 260 von selbst dahin und ebenso bei der Einstellung des Konkursverfahrens gemäss B 230.[43])

§ 57.

Die Verteilung.

I. Die Voraussetzungen.

Die Verteilung wird von Amtes wegen durch die Konkursverwaltung vorgenommen, sobald feststeht, welche Forderungen im Konkurs zu decken sind und welche Mittel zu ihrer Deckung vorhanden sind.

1. Die Vorbereitung der Verteilung als solcher besteht in der Aufstellung der Verteilungsliste und der Schlussrechnung, welche durch die Konkursverwaltung vorgenommen wird nach Eingang des Erlöses und nachdem der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen ist (B 261; vergl. § 55, II, Ziff. 5 hievor).

a. Die Verteilungsliste ist die Feststellung des jedem Gläubiger gemäss seiner Anweisung im Kollokationsplan zukommenden Anteils am Liquidationsergebnis. Äusserlich stellt sie sich als ein Verzeichnis der im Kollokationsplan zugelassenen Gläubiger dar, enthaltend die anerkannten Forderungsbeträge und die darauf entfallende Konkursdividende, bezw. den ungedeckt bleibenden Rest der Forderung.[1]) Ihr Inhalt ist deshalb an die Feststellungen im Kollokationsplan schlechtweg gebunden, gleichgültig, ob diese dem materiellen Recht entsprechen oder nicht.[2]) Ent-

[43]) Ebenso A XI, 55; a. M. SchwJZ IV, 47 (Zürich). Dagegen hat der Drittschuldner nicht etwa das Recht, von der Aufsichtsbehörde die Aufhebung der geschehenen Abtretung gemäss B 260 zu verlangen, da diese Aufhebung ipso jure eintritt.

[1]) Vergl. auch Reichel, Art. 261, N. 4. Die Verteilungsliste kann im Kollokationsplan selbst angebracht werden; vergl. A II, 57 (Bern).

[2]) Ebenso Jaeger, Art. 261, N. 2; BE XXV (1), 112, XXX (1), 20; A III, 84, V, 15, XII, 127, 131. Eine Abänderung des Kollokationsplanes im Verteilungsstadium darf auch dann nicht vorgenommen werden, wenn diese im Kollokationsplan ausdrücklich vorbehalten

steht Streit darüber, ob die Verteilungsliste mit dem Kollokationsplan übereinstimmt, so haben hierüber die Aufsichtsbehörden im Beschwerdeverfahren zu urteilen, da es sich dabei um die richtige Vollziehung des Kollokationsplanes handelt.[3])

b. Die Schlussrechnung hat alle Einnahmen und Ausgaben der Konkursverwaltung bei Durchführung des Konkursverfahrens zu enthalten.[4]) Sie steht mit der Verteilungliste insofern in einem organischen Zusammenhang als ihr Ergebnis die Höhe der Konkursdividende beeinflusst (vergl. unten II).

Auch die Schlussrechnung kann, da es sich dabei um ein konkursrechtliches Institut handelt, nur auf dem Beschwerdewege angefochten werden.

c. Die Publikation der Verteilungsliste und der Schlussrechnung geschieht in der Weise, dass beide während zehn Tagen beim Konkursamt — nicht etwa bei der Konkursverwaltung — aufgelegt werden (B 263, Al. 1).[5])

---

wurde; vergl. A IV, 67. Wird die Anweisung eines Gläubigers infolge seiner Befriedigung von dritter Seite materiell ungerechtfertigt, so kann die Konkursverwaltung gestützt auf ihren Rückforderungsanspruch die Konkursdividende zurückbehalten (vergl. § 55 hievor, Note 20). BE XXVII (1), 61, XXX (1), 20, 74, XXXI (1), 133 wollen in diesem Falle dem Gläubiger eine Klagefrist analog B 250, Al. 1 ansetzen lassen.

[3]) Ebenso Jaeger, Art. 260, N. 1; A V, 15, sowie die oben in Note 2 zit. Urteile. Selbstverständlich kann dabei die Aufsichtsbehörde nicht mehr über solche Fragen entscheiden, welche im Kollokationsplan selbst geregelt sind; vergl. BE XXIX (1), 16. Ebensowenig kann in diesem Verfahren über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Konkurssubstrat und über seine Admassierung entschieden werden; vergl. BE XXX (1), 83, wo auch festgestellt wird, dass eine Weiterziehung an das Bundesgericht nur insoweit zulässig ist, als die Anwendung des gesetzlichen Verfahrens und nicht bloss die arithmetische Richtigkeit der Berechnung in Frage steht.

[4]) Vergl. Jaeger, Art. 261, N. 4; Reichel, Art. 261, N. 4. Sie soll den Erlös aus jedem Vermögensstück, sowie die Kosten seiner Verwaltung und Verwertung angeben; vergl. BE XXIV (1), 29; A X, 47.

[5]) Die Auflegung bei der Konkursverwaltung kann beschwerdeweise von jedem Gläubiger angefochten werden. BE XXVIII (1), 19 will aber den Beschwerdeentscheid nur für den Beschwerdeführer wirken lassen.

Die Auflegung wird jedem Gläubiger unter Beifügung eines seinen Anteil betreffenden Auszuges angezeigt (B 263, Al. 2).[6]) Diese Anzeige soll den Gläubiger in Stand setzen, gegen Verteilungsliste und Schlussrechnung, namentlich aber gegen die Art und Weise seiner eigenen Anweisung in der erstern, Beschwerde zu führen. Eine gerichtliche Anfechtung ist ausgeschlossen (vergl. oben lit. a und b).[7])

2. Der Zeitpunkt der Verteilung tritt ein mit Ablauf der Frist zur Auflegung der Verteilungsliste und der Schlussrechnung (B 264, Al. 1).[8])

Eine Ausnahme von dieser Zeitbestimmung bilden die Abschlagsverteilungen, welche gemäss B 266 vorgenommen werden können, sobald die Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes abgelaufen ist (vergl. § 55, III, Ziff. 2, lit. e, bb hievor). Ein besonderes Verfahren ist dafür im Gesetz nicht vorgesehen und braucht nicht stattzufinden.[9]) Die Anordnung von Abschlagsverteilungen steht dem Gläubigerausschuss zu, sofern ein solcher bestellt ist (B 237, Ziff. 5; vergl. § 51, IV, Ziff. 2, lit. b, bb hievor); sonst der Konkursverwaltung. Sie kann sowohl vom Gemeinschuldner als auch von einzelnen Konkursgläubigern auf dem Beschwerdewege angefochten werden.[10])

---

[6]) Jaeger, Art. 263, N. 3, Reichel, Art. 263, N. 2 verlangen auch öffentliche Bekanntmachung der Auflegung.

[7]) Die Beschwerde kann sich sowohl auf die Zuteilung an den Beschwerdeführer, als auch auf diejenige an einen Mitgläubiger beziehen; vergl. A X, 93. Die Beschwerdefrist beginnt mit der Anzeige gemäss B 263, Al. 2; vergl. BE XXIX (1), 15; A IV, 136, VII, 24. Nicht legitimiert zur Beschwerdeführung sind Massegläubiger; vergl. A IX, 47.

[8]) Ist gegen die Verteilungsliste Beschwerde erhoben worden, so muss aus praktischen Gründen ihre Erledigung abgewartet werden; vergl. BE XXIX (1), 15; Reichel, Art. 264, N. 1.

[9]) Ebenso Jaeger, Art. 266, N. 1, wogegen Reichel, Art. 266, N. 1 ein Vorgehen gemäss B 263, also die Auflegung einer Verteilungsliste, verlangt. In diesem Sinne auch BE XXXV (1), 144.

[10]) BE XXVIII (1), 19 verweigert zu Unrecht dem Gemeinschuldner die Legitimation zur Beschwerdeführung.

II. Die Art und Weise der Verteilung.

Die Regelung der Verteilung im Konkursverfahren ist derjenigen bei der Betreibung auf Pfändung analog (vergl. § 37, II hievor).

1. Vor allem besteht auch hier das Prinzip der Vorwegnahme der Kosten. Sämtliche aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses erwachsenen Kosten werden vorab gedeckt. Auf den Erlös von Pfandgegenständen werden nur die Kosten ihrer Verwaltung und Verwertung verlegt (B 262; vergl. § 48, IV, Ziff. 1 hievor).

2. Die Auszahlung der Konkursdividende geschieht an diejenigen Personen, welche im Kollokationsplan als Gläubiger anerkannt sind. An Stelle der Barbefriedigung kann die Konkursverwaltung die Konkursdividende mit einer der Konkursmasse zustehenden Gegenforderung verrechnen (vergl. § 47, VI, Ziff. 3 hievor).[11])

Hinsichtlich der Quittierung des Schuldtitels durch den Konkursgläubiger finden die für die Betreibung auf Pfändung in B 150 (ZGBE 60) aufgestellten Vorschriften analoge Anwendung (B 264, Al. 2; vergl. § 37, V hievor). Wird daher der Konkursgläubiger durch die Konkursdividende vollständig gedeckt — was hauptsächlich bei Pfandgläubigern, privilegierten Gläubigern und solchen Kurrentgläubigern vorkommen kann, welchen ein Prozessgewinn gemäss B 250, Al. 2, 260, Al. 2 zufällt — so hat er die Forderungsurkunde zu quittieren und sie der Konkursverwaltung zu Handen des Gemeinschuldners herauszugeben. Wird eine Forderung nur teilweise gedeckt, so behält der Gläubiger die Urkunde; die Konkursverwaltung hat auf derselben zu bescheinigen oder durch die zuständige Beamtung bescheinigen zu lassen, für welchen Betrag die Forderung noch zu Recht besteht (B 150, Al. 1 und 2, ZGBE 60).

3. Die den Forderungen unter aufschie-

[11]) Ebenso BE XXVII (1), 61; XXIX (1), 107. Das Bestehen einer Gegenforderung hat im Streitfall der Zivilrichter zu beurteilen, während die Zulässigkeit der Verrechnung an Stelle der Barzahlung durch Beschwerde anzufechten ist.

bender Bedingung oder mit ungewisser Verfallzeit zukommenden Anteile werden bei der Depositenanstalt hinterlegt (B 264, Al. 3; vergl. § 48, II, Ziff. 2, lit. b).[12]).

III. Der Verlustschein.[13])

Bei der Verteilung erhält jeder Gläubiger für den ungedeckt bleibenden Betrag seiner Forderung einen Verlustschein (B 265, Al. 1).

1. Die Voraussetzungen des Verlustscheins sind — wie bei der Betreibung auf Pfändung (vergl. § 37, IV hievor) — rein betreibungsrechtlicher Natur.

a. Es muss ein Konkursverfahren bis zur Verteilung durchgeführt worden sein. Auf die Art des durchgeführten Verfahrens kommt es nicht an, und es sind deshalb auch im summarischen Konkursverfahren Verlustscheine auszustellen (vergl. § 52, III hievor).[14]) Dagegen dürfen im Falle einer Einstellung des Konkursverfahrens gemäss B 230, Al. 1 keine Verlustscheine ausgehändigt werden (vergl. § 52, II, Ziff. 3 hievor).

b. Der Verlustschein kann nur einem Konkursgläubiger ausgestellt werden, d. h. einem Gläubiger des Gemeinschuldners, welcher am Konkursverfahren teilgenommen hat, sei es infolge Eingabe seiner Forderung gemäss B 231, Ziff. 2, 251, sei es infolge einer Berücksichtigung der letztern von Amtes wegen gemäss B 246. Die

[12]) Ebenso ist zu deponieren, wenn zwischen zwei Ansprechern Streit über das Recht zum Bezug der Konkursdividende herrscht, bis durch Zivilurteil darüber entschieden ist; vergl. A IX, 61.

[13]) Lit. Leemann, Der schweizerische Verlustschein. Bern, 1907, S. 75 ff.

[14]) Dagegen nimmt Jaeger, Art. 265, N. 2 in Übereinstimmung mit A I, 93, III, 117 an, dass bei der konkursrechtlichen Liquidation einer erblosen Verlassenschaft ein Verlustschein nur auf ausdrückliches Verlangen des Gläubigers auszustellen sei. Richtig ist allerdings — wie auch Leemann, S. 75 ff. ausführt — dass hier der Verlustschein ebensowenig wie bei einem Gesellschaftskonkurs seine betreibungsrechtlichen Wirkungen äussern kann, sondern lediglich ein Beweismittel für die Höhe des Ausfalls bildet. Ein Verlustschein äussert im letztgenannten Fall namentlich seine Wirkungen nicht gegenüber den Gesellschaftern; vergl. ZBJV XLII, 324.

Natur der Konkursforderung ist dabei unerheblich.[15]) Dagegen darf es sich nicht um eine Masseverbindlichkeit handeln.

c. Voraussetzung der Ausstellung eines Verlustscheins ist endlich Nichtbefriedigung oder nicht völlige Befriedigung des Gläubigers im Konkurs. Eine Deckung des Gläubigers von dritter Seite, z. B. durch einen Bürgen des Gemeinschuldners, ist hier nicht zu berücksichtigen.

2. Die Ausstellung des Verlustscheins geschieht durch die Konkursverwaltung von Amtes wegen zugleich mit der Zustellung der Konkursdividende an den Gläubiger. Der letztere kann aber auch noch später einen Verlustschein verlangen, wenn er keinen solchen erhalten oder den erhaltenen verloren hat.[16]) Für eine bedingte oder betagte Konkursforderung kann ein Verlustschein ebenfalls ausgestellt werden; er wird aber dem Gläubiger erst mit der Konkursdividende gemäss B 264, Al. 3 ausgehändigt (vergl. oben II, Ziff. 3).

3. Der Inhalt des Verlustscheins wird durch ein amtliches Formular normiert (Verordnung Nr. 1, Art. 27). Es bezeichnet den Gemeinschuldner, den Konkursgläubiger, das Datum der Konkurseröffnung und dasjenige der Verteilungsliste; ferner aber den Betrag der zugelassenen, der gedeckten und der ungedeckt gebliebenen Forderung. Endlich wird im Verlustschein angegeben, ob die Forderung vom Gemeinschuldner anerkannt oder bestritten ist (B 265, Al. 1).[17])

4. Die Wirkungen des Verlustscheins sollen gemäss B 265, Al. 2 prinzipiell die nämlichen sein, wie sie B 149 für

[15]) Leemann, S. 77 bemerkt aber mit Recht, dass die Ausstellung eines Verlustscheines keine Bedeutung habe, sofern es sich um ein Pfandrecht handelte, dem kein persönliches Schuldverhältnis des Gemeinschuldners entsprach.

[16]) Eine Amortisation des verloren gegangenen Verlustscheines ist nicht notwendig; vergl. BE XXX (1), 35.

[17]) Die Anerkennung kann sich auch bloss auf einen Teil der Forderung beziehen, muss aber immer eine unbedingte sein, wenn sie die im Gesetz vorgesehene Wirkung äussern soll; vergl. Leemann, S. 79; Jaeger, Art. 265, N. 6.



den Verlustschein in der Betreibung auf Pfändung vorsieht (vergl. § 37, IV, Ziff. 5 hievor). Immerhin müssen diesem Grundsatz der Natur der Sache nach einige Beschränkungen beigefügt werden.

a. Als Schuldanerkennung, wie dies B 149, Al. 2 vorsieht, gilt der Verlustschein nur dann, wenn der Gemeinschuldner die Forderung im Konkursverfahren gemäss B 244 anerkannt hat (B 265, Al. 1; vergl. oben Ziff. 3). Diese Einschränkung der Wirkung gegenüber derjenigen eines Pfändungsverlustscheins rechtfertigt sich deshalb, weil hier nicht, wie dort, der betreibungsrechtlichen Geltendmachung der Forderung ein Einleitungsverfahren vorausgegangen zu sein braucht, worin der Schuldner zu der betreffenden Forderung Stellung nehmen konnte.[18])

b. Als Arrestgrund gemäss B 271, Ziff. 5 dient die Ausstellung eines Konkursverlustscheins in gleicher Weise wie diejenige eines Pfändungsverlustscheins (B 149, Al. 2). Zu seiner Geltendmachung ist der Nachweis neuen Vermögens gemäss B 265, Al. 2 deshalb nicht nötig, weil der Arrest nicht eine Betreibung, sondern nur ein Sicherungsmittel der letztern darstellt (vergl. § 60, I hienach).[19])

c. Bestritten ist, ob der Konkursverlustschein, wie dies B 149, Al. 2 für den Pfändungsverlustschein vorsieht, die Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage gemäss B 285 ff. begründet. Da B 285 in Verbindung mit B 260, 269 diese Legitimation im, bezw. nach dem Konkurs den einzelnen Gläubigern nur durch Abtretung gemäss B 260 zukommen lassen will, ist die Frage richtigerweise zu verneinen (vergl. § 61, II, Ziff. 1 hienach).[20])

d. Unbestreitbar und ohne Einschränkung anwendbar

---

[18]) Vergl. BE XXXIV (2), 99, sowie die Ausführungen bei Leemann, S. 33 ff., welcher mit Recht darauf hinweist, dass der Konkursverlustschein im Gegensatz zum Betreibungsverlustschein gegebenenfalls nicht nur als Schuldanerkennung zu gelten braucht, sondern tatsächlich eine solche darstellt, weshalb er im Gegensatz zu jenem auch materiellrechtliche Wirkungen äussert.

[19]) Ebenso Leemann, S. 91; vergl. auch Jaeger, Art. 271, N. 15.

[20]) Ebenso Leemann, S. 81; Jaeger, Art. 265, N. 7, 285, N. 3; Brand, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger; Diss. Bern, 1902, S. 70.

sind auf dem Konkursverlustschein die in B 149, Al. 4 und 5 vorgesehenen zivilrechtlichen Folgen, nämlich die Unverzinslichkeit der Verlustscheinforderung und ihre Unverjährbarkeit gegenüber dem Gemeinschuldner, bezw. die Verjährbarkeit in einem Jahr gegenüber seinen Erben (vergl. § 37, IV, Ziff. 5, lit. e und f hievor).[21]) Aber auch die indirekten privatrechtlichen Folgen machen sich beim Konkursverlustschein in gleicher Weise geltend wie beim Pfändungsverlustschein (vergl. § 37, IV, Ziff. 5, lit. h hievor).[21a])

e. Nicht auf den Konkursverlustschein anwendbar ist dagegen die in B 149 vorgesehene Möglichkeit einer Fortsetzung der Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl. In den wenigsten Fällen ist für eine zu Verlust gekommene Konkursforderung Betreibung angehoben worden, und wo dies geschehen ist, wurde gemäss B 206 die Betreibung durch die Konkurseröffnung aufgehoben (vergl. § 50, III hievor). Von einer Fortsetzung der Betreibung kann deshalb logischerweise nicht die Rede sein.[22])

B 265, Al. 2 geht aber noch einen Schritt weiter mit der Vorschrift, dass auch eine neue Betreibung auf Grund des Verlustscheins nur dann angehoben werden kann, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist.[23])

---

[21]) Leemann, S. 118, weist mit Recht darauf hin, dass sich das Prinzip der Unverzinslichkeit auch schon aus B 209 ergibt. Dagegen kann einer weitern Schlussfolgerung, die er aus B 209 zieht, nicht beigestimmt werden, welche dahin geht, dass die Unverzinslichkeit auch bestehen bleibe, wenn das Konkursverfahren gemäss B 230 mangels eines Konkurssubstrates eingestellt wird. Ganz abgesehen davon, dass ein solcher Grundsatz in B 209 selbst keine Unterstützung findet, erscheint er auch materiell als ungerechtfertigt, da mit der Einstellung des Konkurses auch die rechtlichen Folgen des letztern dahinfallen müssen.

[21a]) Nur tritt die Gütertrennung hier von Gesetzes wegen ein (ZGB 182).

[22]) Ebenso Leemann, S. 82; Jaeger, Art. 265. N. 7; Reichel, Art. 265. N. 4; Martin, p. 284; BE XXII, 64, XXXIII (1), 76; SchwJZ IV, 47.

[23]) Und zwar ist für diese neue Betreibung diejenige Betreibungsart zu wählen, welche im Moment ihrer Anhebung auf den Schuldner zutrifft; vergl. BE XXV (1), 76. Die in B 265, Al. 2 statuierte Beschränkung tritt bei jeder Betreibungsart ein; vergl. BE XXIV (1), 6.

Diese Beschränkung ist nicht eine zwingende Folge aus der Natur der Verlustscheinforderung, sondern wurde vom Gesetzgeber aus volkswirtschaftspolitischen Gründen aufgestellt, um dem Konkursiten Gelegenheit zu geben, sich wiederum einigermassen eine wirtschaftliche Position zu schaffen, bevor er für die frühern Schulden neuerdings belangt werden kann.[24]) Dass es sich dabei tatsächlich um ein selbständiges Institut und nicht um eine bloss formelle Folge des Verlustscheins handelt, beweist die Vorschrift in B 267, wonach die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche am Konkurse nicht teilgenommen haben, denselben Beschränkungen unterliegen wie diejenigen, für welche ein Verlustschein ausgestellt wurde. Für jede Forderung also, welche im Konkurs als solche hätte geltend gemacht werden können, ist die spätere Exekutionsmöglichkeit nach Massgabe der Vorschrift in B 265, Al. 2 bedingt.[25])

Der Begriff des neuen Vermögens im Sinne des Gesetzes ist bestritten, weil B 265, Al. 2 darüber zu wenig deutliche Auskunft gibt. Geht man jedoch von dem oben umschriebenen Grundgedanken des Institutes aus, so kann unter dem neuen Vermögen nur ein Nettovermögen, d. h.

---

[24]) Vergl. darüber Leemann, S. 92 ff., welcher mit Kohler, Lehrbuch, S. 440 ff. nachweist, dass B mit dieser Einrichtung die Mitte hält zwischen dem englisch-amerikanischen Prinzip, wonach der Gemeinschuldner durch den Konkurs von den darin geltend gemachten Forderungen endgültig befreit wird, und dem Grundsatz der meisten europäischen, namentlich der deutschen, französischen, österreichischen und italienischen Rechte, welche die im Konkurs zu Verlust gekommenen Forderungen jederzeit neuerdings zur Exekution zulassen. Aus der oben im Text gegebenen Begründung folgt übrigens, dass die Exekutionsbeschränkung gemäss B 265, Al. 2 nicht eintritt, wenn der Konkurs infolge eines mangelnden Substrates gemäss B 230 eingestellt wurde; vergl. BE XXIII, 262, XXXV (1), 34; unklar BE XXIV (1), 6.

[25]) Ebenso BE XXXIV (2), 38; Martin, p. 286. Diese Hemmung bezieht sich aber selbstverständlich nicht auf Schulden, welche nach der Konkurseröffnung entstanden sind, also gar nicht Konkursobjekt bildeten; vergl. A VIII, 75. Leemann, S. 110 setzt den letztgenannten Ansprüchen eine Verlustscheinsforderung gleich, welche nach dem Konkurs — z. B. durch Schuldanerkennung — noviert wurde.

ein Überschuss der zur Zeit der Anhebung einer neuen Betreibung vorhandenen Aktiven des Schuldners über seine seit dem Konkurs neu entstandenen Passiven verstanden sein.[26]) Es genügt also nicht das blosse Vorhandensein irgendwelcher Vermögensstücke, ohne Rücksicht auf die bestehenden Schulden.[27])

Die Geltendmachung des Mangels neuen Vermögens ist Sache des Schuldners. Von Amtes wegen ist auf diese Tatsache nicht Rücksicht zu nehmen. Eine vom Gläubiger verlangte Betreibung wird — wie dies implicite aus dem Wortlaut in B 265, Al. 3 hervorgeht — ohne weiteres angehoben und auch fortgesetzt, sofern der Schuldner den Einwand des mangelnden neuen Vermögens nicht erhebt. Es kann also auf die Erhebung desselben ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet werden. Ein solcher Verzicht wird namentlich dann vermutet, wenn der Schuldner gegenüber dem Zahlungsbefehl für eine frühere Konkursforderung nicht Rechtsvorschlag erhebt. Die Praxis hat nämlich von jeher angenommen, dass der Einwand durch Rechtsvorschlag geltend zu machen sei, da er sich gemäss B 265, Al. 2 nur gegen die Anhebung der Betreibung richten kann.[28]) Er ist also nicht zulässig einerseits im Laufe einer ohne Widerstand des Schulders angehobenen Betreibung und anderseits bei solchen Exekutionsarten, welche ohne Anhebung einer Betreibung vorgenommen werden, wie die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung gemäss B 190 und die privilegierte Anschlusspfändung gemäss B 111. Ebenso

---

[26]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 265, N. 8; Reichel, Art. 265, N. 5; Martin, p. 285; Leemann, S. 97 ff.; ferner A IV, 120 (St. Gallen), VII, 17 (Bern), X, 17 (Zug), XII, 22 (Glarus). BE XXV (1), 75 stellt — ohne sich auf die Beurteilung der Hauptfrage einzulassen — fest, dass der Arbeitserwerb des Schuldners jedenfalls solange nicht neues Vermögen gemäss B 265, Al. 1 darstelle, als er nicht kapitalisiert sei; dagegen Leemann, S. 103.

[27]) Wie dies angenommen wird in BlHE XIII, 71, XVI, 334, XVIII, 302 (Zürich); SchwJZ III, 103 (Zürich), 272 (Nidwalden); Revue XVII, 84 (Basel.)

[28]) Vergl. BE XXV (1), 74, XXXV (1), 128; A II, 131 (Bundesrat), VIII, 44, 75; Jaeger, Art. 265, N. 8; Reichel, Art. 265, N. 6; Leemann, S. 113.

kann der Einwand nicht gegenüber einer Arrestlegung geltend gemacht werden, da dieselbe keine Betreibung darstellt.[29])

Der Natur der Sache nach kann der Einwand nur seitens des gewesenen Gemeinschuldners selbst erfolgen. Nicht legitimiert zu seiner Erhebung sind deshalb Mitschuldner, Bürgen und Erben des Gemeinschuldners und ebensowenig die Kollektivgesellschafter, welche für eine im Konkurs der Gesellschaft nicht gedeckte Forderung belangt werden.[30])

Die Beurteilung des Einwandes kann nur eine gerichtliche sein. Bestreitet der Gemeinschuldner, dass er zu neuem Vermögen gekommen sei, so entscheidet das Gericht darüber im beschleunigten Verfahren (B 265, Al. 3).[31])

Da es sich dabei um eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit handelt (vergl. § 10, II, Ziff. 2 hievor), so ist trotz Schweigens des Gesetzes der Richter des Betreibungsortes zuständig,[32]) und es stellt der zu fällende Entscheid auch kein Hauptturteil dar, gegen welches eine Berufung an das Bundesgericht gemäss OG 56 zulässig wäre (vergl. § 11, III, Ziff. 1 hievor).[33]) Die sachliche Kompetenz wird durch das kantonale Recht geregelt.[34])

Da B 265, Al. 3 die Anwendung des beschleunigten Prozessverfahrens (vergl. § 11, II, Ziff. 2 hievor) vorschreibt, so kann der Einwand, trotzdem er durch Rechtsvorschlag erhoben wird, nicht im Rechtsöffnungsverfahren

[29]) Ebenso Leemann, S. 11 ff., welcher ferner mit Recht darauf hinweist, dass der Einwand gegenüber einer Betreibung auf Pfandverwertung regelmässig unpraktisch ist.

[30]) Ebenso BE XXXIV (2), 13; Leemann, S. 100 ff. Niemals kann der Einwand auch durch den für eine seit der Konkurseröffnung neu entstandene Forderung betreibenden Gläubiger an Stelle des Schuldners erhoben werden. Unrichtig SchwJZ III, 187 (Solothurn).

[31]) Der Beschwerdeweg ist schlechtweg ausgeschlossen; vergl. A IX, 104; Leemann, S. 114.

[32]) Ebenso BE XXV (1), 7; A VIII, 131 (Bern); Jaeger, Art. 265, N. 10; Leemann, S. 115.

[33]) Ebenso BE XXII, 80, XXIII, 39, XXV (2), 60, XXIX (2) 89; Jaeger, Art. 265, N. 10; Leemann, S. 117.

[34]) Ebenso BE XXVIII (1), 80.

behandelt werden, wie das früher die Praxis annahm, indem das letztgenannte Verfahren ein summarisches darstellt. Wird vielmehr das Vorhandensein neuen Vermögens im Rechtsvorschlag bestritten, so ist die Betreibung einzustellen, bis der Gläubiger einen richterlichen Entscheid gemäss B 265, Al. 3 beibringt. Erhebt allerdings der Schuldner Rechtsvorschlag ohne nähere Begründung, so kann derselbe gegebenenfalles auf dem Rechtsöffnungsweg gültig beseitigt werden, und die Betreibung nimmt ihren Fortgang, da der Besitz neuen Vermögens nicht von Amtes wegen zu konstatieren ist.[35])

Die Beweislast für das Vorhandensein neuen Vermögens trifft den betreibenden Gläubiger, da es sich dabei um eine Voraussetzung der Betreibung handelt. Macht dagegen der Schuldner bestimmte Tatsachen geltend, aus welchen das Nichtvorhandensein neuen Vermögens hervorgehen soll, so hat er sie auch zu beweisen.[36])

Die Wirkung des gefällten Entscheides bezieht sich ausschliesslich auf die betreffende angehobene Betreibung. Das Verfahren muss also für jede neu anzuhebende Betreibung neu durchgeführt werden.[37])

5. Die Stellung der nichtbefriedigten Konkursforderung wird, wie aus der vorstehenden Darstellung folgt, durch B 265, 267 nur betreibungsrechtlich, nicht aber materiellrechtlich beeinflusst. Abgesehen von der in B 265, Al. 2 enthaltenen Beschränkung einer Betreibungsanhebung kann daher die Forderung jederzeit geltend gemacht werden, sei es klageweise, sei es einredeweise (z. B. verrechnungshalber), ohne dass der Schuldner den Einwand des mangelnden neuen Vermögens erheben könnte.[38]) Hat des-

[35]) Ebenso BE XXXV (1), 128; A XII, 87 (Bern); SchwJZ III, 303 (Waadt); Jaeger, Art. 265, N. 10; Brüstlein in der Anmerkung zu A IV, 56. Hinsichtlich der frühern Praxis vergl. BE XXVIII (1), 80 und die Zitate bei Leemann, S. 115.

[36]) Vergl. Leemann, S. 116 und die dort zitierte Judikatur.

[37]) Ebenso BE XXV (1), 7.

[38]) Ebenso BE XXXIV (2), 38; Leemann, S. 104 ff.; Reichel, Art. 265, N. 5; Brand in der Anmerkung zu A X, 17; dagegen Jaeger, Art. 265, N. 8; Brüstlein, A III, 142 und Anmerkung zu A IV, 120.

halb der Schuldner ohne Vorhandensein neuen Vermögens eine solche Schuld bezahlt, so kann er nicht etwa das Gezahlte als Nichtschuld zurückfordern.[39]) Endlich aber ist die Verlustscheinforderung in einem spätern Konkurs oder in einem Nachlassvertrag in gleicher Weise zu berücksichtigen, d. h. anzumelden und zu kollozieren, wie die seit dem ersten Konkurs neu entstandenen Ansprüche.[40]) Wird dagegen in einer neuen Betreibung nochmals ein Verlustschein ausgestellt, so kann er nur als eine Bestätigung des frühern Verlustscheins angesehen werden und übt deshalb keine selbständigen Wirkungen aus.[41])

§ 58.
Der Schluss des Konkursverfahrens.

I. Begriff und Voraussetzungen.

Der Schluss des Konkursverfahrens tritt nicht von Gesetzes wegen ein, sondern er wird durch ein richterliches Erkenntnis verfügt, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen dazu gegeben sind.

1. Die Voraussetzungen des Schlusserkenntnisses machen sich nach folgenden zwei Richtungen hin geltend:

a. Der Konkurs muss vollständig durchgeführt, d. h. es muss über die Zulassung aller eingegebenen Forderungen entschieden und die Verwertung des Konkurssubstrates, sowie die Verteilung des Erlöses erfolgt sein (B 268, Al. 2).

b. Dem Konkursgericht muss ein Schlussbericht der Konkursverwaltung vorliegen, welcher sogleich nach geschehener Verteilung zu erstatten ist (B 268, Al. 1).

---

[39]) Unrichtig A IV, 120 (St. Gallen).

[40]) Ebenso BE XXXV (2), 80, A XI, 26; Leemann, S. 131 ff.; Brand in der Anmerkung zu A X, 17; SchwJZ IV, 284 (Bern); a. M. Jaeger, Art. 265, N. 8; Brüstlein in A III, 142; A X, 17 (Zug). Die Frage ist im Streitfall durch die Gerichte und nicht durch die Aufsichtsbehörden zu entscheiden; vergl. BE XXXI (1), 59.

[41]) Ebenso BE XXII, 44; A XII, 60 (Bern).

Derselbe hat über die Durchführung des Konkursverfahrens und sein Ergebnis Auskunft zu geben, und es sind ihm die Konkursakten beizufügen.[1])

2. Das Schlussverfahren wird durch das Konkursgericht durchgeführt, d. h. diejenige Gerichtsstelle, welche seinerzeit den Konkurs eröffnet hat (B 268, Al. 1; vergl. § 43, IV hievor).

Ein formelles Verfahren und namentlich eine Parteiverhandlung wird im Gesetz nicht vorgesehen und ist auch nicht notwendig. Das Konkursgericht hat einfach an Hand des Schlussberichtes und der Konkursakten zu untersuchen, ob das Konkursverfahren vollständig und in gesetzlicher Weise durchgeführt wurde. Gibt ihm die Geschäftsführung der Konkursverwaltung zu Bemerkungen Anlass, so bringt es dieselben der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis (B 268, Al. 3). Diese hat dann kraft ihrer gesetzlichen Befugnisse über die Hebung allfälliger Mängel zu entscheiden, wobei sie aber an die Ansichtsäusserung des Konkursgerichtes nicht gebunden ist.

Hält das Konkursgericht das Verfahren für vollständig durchgeführt, so erklärt es dasselbe für geschlossen (B 268, Al. 2). Eine Berufung oder Weiterziehung gegen das Schlusserkenntnis wird im Gesetz nicht vorgesehen.[2]) Das Konkursgericht macht den Schluss des Konkursverfahrens öffentlich bekannt (B 268, Al. 4).

II. Die Wirkungen des Schlussverfahrens.

Durch das gerichtliche Schlusserkenntnis wird das Konkursverfahren als solches beendet. Alle mit der Durchführung des letztern verbundenen Einrichtungen und Folgen fallen also dahin. Die Organe des Konkursverfahrens (Gläubigerversammlung, Gläubigerausschuss und Konkursverwaltung) sind ihrer sämtlichen Obliegenheiten enthoben. Dem Gemeinschuldner gegenüber können ge-

---

[1]) Ebenso Reichel, Art. 268, N. 3; Jaeger, Art. 268, N. 4; BIIIE XIV, 293.

[2]) Ebenso ist natürlich auch eine beschwerdeweise Anfechtung ausgeschlossen; vergl. A V, 43; Jaeger, Art. 268, N. 6.



mäss B 206 neue Betreibungen angehoben werden (vergl. § 50, III hievor). Für die Konkursgläubiger endlich bedeutet das Schlusserkenntnis das Ende der konkursrechtlichen Geltendmachung ihrer Forderungen (B 251, Al. 1; vergl. § 53, III, Ziff. 2, lit. b hievor).

Dagegen schafft das Konkurserkenntnis keine Rechtsvermutung einer vollständig durchgeführten Liquidation des Konkurssubstrates. Werden vielmehr nach Schluss des Konkursverfahrens Vermögensstücke entdeckt, welche zur Masse gehörten, aber nicht zu derselben gezogen wurden, so nimmt gemäss B 269, Al. 1 das Konkursamt dieselben in Besitz zur Veranlassung einer nachträglichen Liquidation.[3]) Die Zulässigkeit einer solchen nachträglichen Liquidation, bezw. die Pflicht des Konkursamtes, sie vorzunehmen, ist im Streitfall durch die Aufsichtsbehörde zu beurteilen, wobei sowohl der Gemeinschuldner, als auch jeder Konkursgläubiger zur Beschwerdeführung aktiv legitimiert ist.[4]) Handelt es sich dagegen um die Frage, ob das betreffende Vermögensstück wirklich zum Konkurssubstrat zu rechnen sei, so sind die Zivilgerichte zur Entscheidung kompetent.[5]) Die Beweislast liegt dabei dem Konkursamt, bezw. einem gemäss B 269, Al. 3 auftretenden Konkursgläubiger ob.[6])

1. Die Voraussetzungen der nachträglichen Liquidation sind zweifacher Natur:

a. In Betracht fallen nur Vermögensstücke, welche zum Konkurssubstrat gehörten, d. h. welche dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung eigentümlich zustanden oder ihm vor Schluss des Konkursverfahrens anfielen (B 197; vergl. § 47, II und III hievor). Ausgeschlossen sind also Vermögensstücke, welche der Gemeinschuldner

[3]) Es muss natürlich ein Konkursverfahren, sei es das ordentliche oder das summarische, vorausgegangen sein. Ferner aber kann nach der Praxis die nachträgliche Liquidation auch nach erfolgter Einstellung des Konkurses gemäss B 230 erfolgen; vergl. BE XXII, 36, XXVII (1), 99; Jaeger, Art. 269, N. 1.

[4]) Ebenso BE XXII, 47, 127.

[5]) Ebenso BE XXIII, 53.

[6]) Vergl. BE XXIII, 229.

nach Schluss des Konkursverfahrens erworben hat oder welche ihm nach gesetzlicher Vorschrift durch das letztere nicht entzogen werden konnten (vergl. § 47, III, Ziff. 1 hievor). Dagegen kommen alle Arten von Vermögensstücken in Betracht, die als solche zum Konkurssubstrat gehörten; also neben körperlichen Sachen auch jeder vermögensrechtliche Anspruch mit Inbegriff der Anfechtungsansprüche. Endlich ist gemäss B 269, Al. 2 auf gleiche Weise mit hinterlegten Beträgen zu verfahren, welche nachträglich frei werden. Darunter sind die Konkursdividenden für bedingte und betagte Forderungen zu verstehen, welche gemäss B 264, Al. 3 bei der Depositenanstalt hinterlegt wurden (vergl. § 57, II, Ziff. 3 hievor).

b. Die Vermögensstücke müssen neu entdeckt worden sein. Dies setzt voraus, dass sie während der Durchführung des Konkursverfahrens der Konkursverwaltung nicht bekannt waren, indem sonst die Unterlassung ihrer Liquidation als Verzicht auf die Verwertung dieses Vermögensstückes angesehen werden muss.[7]) Die Konkursverwaltung kann für eine nicht gerechtfertigte oder durch die Gläubigerversammlung gebilligte Unterlassung seitens der zu Verlust gekommenen Gläubiger gemäss B 5, 241 zivilrechtlich verantwortlich erklärt werden.

2. Das Verfahren der nachträglichen Liquidation ist verschieden, je nach der Art des neu entdeckten Gegenstandes.

a. Körperliche Sachen und unbestrittene Forderungsansprüche nimmt das Konkursamt in Besitz und besorgt ohne weitere Förmlichkeit die Verwertung und die Verteilung des Erlöses an die zu Verlust gekommenen Gläubiger nach deren Rangordnung (B 269, Al. 1). Es handelt sich dabei um eine Aktivenliquidation. Eine

[7]) Im Resultat gleich BE XXIII, 53, 229, XXXIV (1), 134; Jaeger, Art. 269, N. 3; Reichel, Art. 269, N. 3. Ob ein Konkursgläubiger das Vermögensstück während des Konkursverfahrens gekannt hat, ist unerheblich. Anderseits ist auch gleichgültig, aus welchem Grunde die Verwertung eines der Konkursverwaltung bekannten Vermögensstückes im Konkursverfahren unterblieb; vergl. BE XXVII (1), 99.

nachträgliche Konkurseingabe der Gläubiger kann, wie aus B 251, Al. 1 hervorgeht, in diesem Stadium nicht mehr erfolgen.

Auch die Stellung des Gemeinschuldners ist hier eine andere als im eigentlichen Konkursverfahren. Während nämlich dort durch B 204 seine Dispositionsfähigkeit hinsichtlich aller zum Konkurssubstrat gehörenden Vermögensstücke von vornherein ausgeschlossen war, muss sie hier vermutet werden, solange nicht durch die kompetente Behörde festgestellt ist, dass die betreffende Sache zum Konkurssubstrat gehörte, und dass die Voraussetzungen einer Liquidation gemäss B 269 gegeben sind. Bis zu jenem Zeitpunkt bleibt daher auch eine vom Gemeinschuldner vorgenommene Veräusserung der Sache an einen gutgläubigen Dritten gültig.[8])

Wird der neu entdeckte Gegenstand von einem Dritten zu Eigentum beansprucht, so ist diesem, sofern der Gemeinschuldner den Gewahrsam an der Sache hat, vom Konkursamt eine Frist zur Einleitung der Widerspruchsklage gemäss B 242, Al. 2 anzusetzen. Ist dagegen die Sache im Gewahrsam des Dritten, so kann als neu entdecktes Vermögensstück nicht die Sache selbst, sondern nur der Eigentumsanspruch gegenüber dem Dritten betrachtet werden, und es muss eine Verwertung gemäss B 269, Al. 3 eintreten (vergl. unten lit. b).[9])

Die Verwertung des nachträglich entdeckten Konkurssubstrates hat nach Ermessen des Konkursamtes entweder durch Versteigerung oder durch freihändigen Verkauf zu erfolgen, und es ist hierauf eine Schlussrechnung mit Verteilungsliste analog B 261 aufzustellen (vergl. § 57, I hievor).

b. Handelt es sich um einen neu entdeckten zweifelhaften Rechtsanspruch, so bringt das Konkurs-

---

[8]) Ebenso kann der Drittschuldner einer zum Konkurssubstrat gehörenden Forderung dem gewesenen Gemeinschuldner nicht mit Berufung auf B 269 die Gläubigerqualität abstreiten; vergl. BE XXIII, 255; unklar BE XXV (2), 118.

[9]) Ebenso Jaeger, Art. 263, N. 2.

amt den Fall durch öffentliche Bekanntmachung oder briefliche Mitteilung zur Kenntnis der Konkursgläubiger, und es finden die Bestimmungen in B 260 entsprechende Anwendung (B 269, Al. 3). Verzichtet also die Mehrheit der angefragten Gläubiger auf die Geltendmachung des Anspruches, so ist dies sämtlichen Konkursgläubigern zur Kenntnis zu bringen, und es kann hierauf jeder von ihnen die Abtretung des Anspruches zur Eintreibung gemäss B 260 verlangen (vergl. § 56, IV hievor).[10]) Wird dagegen eine solche Abtretung von keinem Gläubiger anbegehrt, so verbleibt der betreffende Anspruch dem Gemeinschuldner.

VIII. Kapitel.

Die Sicherungsmittel der Schuldbetreibung.

§ 59.

Begriff und Arten.

I. Der Begriff.

Die Schuldbetreibung bezweckt in jeder ihrer Äusserungen (Betreibungsarten) die Deckung von Gläubigerforderungen aus dem Vermögen des Schuldners. Ihr Zweck kann deshalb nur dann erreicht werden, wenn wirklich verwertbares Vermögen des letztern (Betreibungssubstrat) vorhanden ist. Es liegt somit in der Aufgabe des Schuldbetreibungsrechtes, für die Wahrung und Erhaltung des Betreibungssubstrates zu sorgen.

Dieses Ziel wird in erster Linie durch gewisse innere Einrichtungen der einzelnen Betreibungsarten selbst zu erreichen gesucht, welche dazu dienen sollen, eine Entziehung des Betreibungssubstrates nach angehobener Betreibung zu verhindern. Hierher gehört bei der Betreibung auf Pfändung die Behändigung der gepfändeten Vermögensstücke, die Sperrung der Forderungen und das Veräusserungsverbot (vergl. § 30, IV und V hievor); beim Konkurs da-

[10]) Ebenso BE XXII, 47.

gegen die Beschränkung des Schuldners in seiner Dispositionsfähigkeit (vergl. § 50, III hievor).

Die Gefahr einer Verunmöglichung der Schuldbetreibung durch Beseitigung oder Verminderung ihres voraussichtlichen Substrates ist aber nicht nur während des Exekutionsverfahrens selbst, sondern beinahe in noch höherm Grade auch vor Beginn desselben gegeben. Der Schuldner kann auf verschiedene Weise einer drohenden Betreibung durch Verminderung seines exequierbaren Vermögens zuvorkommen.

Zur Einschränkung dieser Gefahr hat der Gesetzgeber Sicherungsmittel der Schuldbetreibung vorgesehen. Sie bestehen in gewissen vom Zwangsvollstreckungsverfahren als solchem unabhängigen Massnahmen, welche entweder eine Entziehung des Exekutionssubstrates verhindern oder aber die schon geschehene rückgängig machen sollen.

II. Arten der Sicherungsmittel.

Nach dem oben Ausgeführten sind zwei Gruppen von Sicherungsmitteln zu unterscheiden:

1. Massnahmen zur Verhinderung einer Beseitigung oder Verminderung des Exekutionssubstrates können vom Gläubiger vor allem dann verlangt werden, wenn sein Exekutionssubstrat schon vor Anhebung der Schuldbetreibung gesetzlich umschrieben ist und nun seitens des Schuldners mit Beseitigung oder Verminderung bedroht wird. Hieher gehört die Wahrung des Retentionsrechtes des Vermieters oder Verpächters einer unbeweglichen Sache (B 282 ff; vergl. § 40 hievor).

Aber auch abgesehen von einer privatrechtlichen Festsetzung des Exekutionssubstrates ist ein betreibungsrechtlicher Eingriff zu seiner Wahrung und Sicherung vor Durchführung der Schuldbetreibung unter bestimmten Voraussetzungen möglich durch das Institut des Arrestes (B 271 ff., vergl. § 60 hienach).

2. Die Rückgängigmachung einer bereits erfolgten Entziehung oder Verminderung des Exekutionssubstrates äussert sich darin, dass unter be-

stimmten Voraussetzungen Rechtshandlungen des Schuldners aufgehoben werden können, soweit sie das Substrat einer nachfolgenden Schuldbetreibung beeinträchtigen. Zur Ermöglichung dieser Aufhebung dient das Institut der Anfechtungsklage (B 285 ff.; vergl. §§ 61—62 hienach).

Erster Unterabschnitt.

§ 60.

Der Arrest.[1]

I. Begriff und rechtliche Natur.

Der Arrest ist die auf Antrag eines Gläubigers und gestützt auf das Vorhandensein bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen vorgenommene Beschlagnahmung von Vermögensgegenständen des Schuldners zum Zwecke der Sicherung einer gegen ihn bereits eingeleiteten oder bevorstehenden Schuldbetreibung.[2] Er ist also ein betreibungsrechtliches Institut.[3] Dies zeigt sich nicht bloss in seiner Vollziehung durch das Betreibungsamt, sondern auch darin, dass er seine Wirkungen nur in Verbindung mit einer gleichzeitigen oder nachfolgenden Schuldbetreibung äussern kann (B 278; vergl. unten VI).

Da der Arrest als solcher keine Befriedigung des Gläubigers, sondern nur die Sicherung einer gleichzeitigen oder nachfolgenden Betreibung bezweckt, so stellt er niemals eine Exekutionsmassnahme dar.[4] Endlich aber begründet

---

[1]) Lit. Ott, Das Arrestverfahren nach B; Diss. Zürich, 1900.

[2]) Vergl. BE XXII, 106; Martin, p. 290; Reichel, Art. 271, N. 1. Über die historische Entwicklung des Arrestes, namentlich im schweizerischen Recht, vergl. Ott, S. 9 und die dort zit. Literatur.

[3]) Im deutschen und französischen Recht (Deutsche ZPO, §§ 916 ff., c. p. c., art. 822) ist er als Institut des Zivilprozesses geordnet. Nach schweizerischem Recht muss vom Arrest gemäss seiner rechtlichen Natur die polizeiliche Beschlagnahmung eines Gegenstandes unterschieden werden; vergl. A XI, 21.

[4]) Der schweizerische Arrest ist immer Realarrest, d. h. er bezieht sich ausschliesslich auf das Vermögen des Schuldners. Der Personalarrest wird durch BV 59, Al. 3 ausgeschlossen, indem dort der Schuldverhaft als abgeschafft erklärt wird (vergl. § 3, II, Ziff. 2 hievor). Der Personalarrest darf deshalb gemäss Art. 24 des inter-

er keine materiellrechtlichen Vorzugsrechte für den Arrestgläubiger, namentlich keine dingliche Verhaftung der Arrestgegenstände (vergl. unten VI).

II. Die Voraussetzungen des Arrestes.

Die Arrestlegung wird an gesetzlich genau normierte Voraussetzungen geknüpft. Dieselben machen sich geltend hinsichtlich des Arrestgegenstandes, der Person des Arrestnehmers, derjenigen des Arrestschuldners und endlich hinsichtlich der Arrestforderung.

1. Arrestgegenstand sind gemäss B 271, Al. 1 Vermögensstücke des Arrestschuldners. Und zwar können, da der Arrest lediglich eine erfolgte oder zukünftige Schuldbetreibung sichern soll, und überdies gemäss B 275 beim Arrestvollzug die in B 92—95 betreffend das Pfändungssubstrat aufgestellten Vorschriften anzuwenden sind, alle diejenigen und nur diejenigen Vermögensstücke des Schuldners in Betracht kommen, welche als solche auch pfändbar wären.[4a])

2. Arrestnehmer kann nur ein Gläubiger des Arrestschuldners sein (B 271, Al. 1). Das Vorhandensein einer Forderung bildet deshalb Voraussetzung des Arrestbefehls

---

nat. Zivilprozessübereinkommens vom 17. Juli 1905/17. März 1909 in der Schweiz auch nicht gegen einen Angehörigen eines Vertragsstaates angewendet werden.

[4a]) Beispiele vergl. bei Jaeger, Art. 271, N. 5, sowie in A XI, 103. 108. Arrestgegenstand können auch Vermögensstücke des Arrestschuldners sein, welche sich im Gewahrsam eines Dritten befinden. Im Arrestgesuch müssen die Arrestgegenstände genau bezeichnet werden. Es genügt also nicht etwa das Verlangen, dass alles zu arrestieren sei, «was der Schuldner jetzt besitzt oder in Zukunft haben wird;» vergl. BE XXIV (1), 60. Können beim Arrestvollzug die vom Gläubiger genannten Gegenstände nicht aufgefunden werden, so kann die Aufsichtsbehörde den Arrest von Amtes wegen als hinfällig bezeichnen; vergl. BE XXVIII (1), 47. Der Arrestgläubiger hat dagegen im Arrestgesuch nicht schon den Beweis dafür anzutreten, dass die genannten Gegenstände tatsächlich Eigentum des Arrestschuldners sind. Diese Frage wird vielmehr im Streitfall durch das Widerspruchsverfahren gemäss B 106 ff. erledigt, das anlässlich des Arrestvollzuges stattfinden kann (B 275; vergl. unten IV, Ziff. 3). Ebenso BE XXX (1), 93.

und ist durch die Arrestbehörde von Amtes wegen zu prüfen. Immerhin wird durch Doktrin und Praxis im Stadium der Arrestbewilligung nicht die Erbringung eines strikten Beweises für den Bestand der Forderung, sondern eine blosse Glaubhaftmachung verlangt.[5]) Dies rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, dass der Arrestschuldner in der obligatorischerweise gleichzeitig oder nachfolgend stattfindenden Betreibung Gelegenheit hat, die Forderung zu bestreiten, worauf dann der Gläubiger in einem nachfolgenden Zivilprozess den strikten Beweis seiner Forderung zu erbringen hat, sofern ihr Bestand nicht bereits durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellt ist (vergl. unten VII, Ziff. 2).

Die persönlichen Eigenschaften des Arrestnehmers, namentlich seine Nationalität und sein Wohnsitz, fallen nicht in Betracht.[6])

3. Hinsichtlich der Forderung des Arrestnehmers, der sogenannten Arrestforderung, sind gemäss B 271, Al. 1 folgende Requisite aufzustellen:

a. Die Forderung muss als Objekt der Schuldbetreibung in Betracht kommen können, also auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung beruhen (vergl. § 14, I, II), da sonst der Arrest seinen Zweck als Sicherungsmittel der Schuldbetreibung nicht erfüllen kann.[7])

b. Die Forderung darf nicht durch Pfand gedeckt sein, indem sonst eine Sicherung der Schuldbetreibung, welche hier gemäss B 41 auf Pfandverwertung zu gehen hat,

[5]) Vergl. Jaeger, Art. 271, N. 1; Reichel, Art. 271, N. 2; Martin, p. 290; Ott, S. 66; BE XVIII, 118.

[6]) A IV, 7 (Basel) will den Ausländerarrest gemäss B 271, Ziff. 4 versagen, wenn der Arrestgläubiger im gleichen Staate wohnt, wie der Schuldner. Dagegen Schmitt und Brüstlein in der Anmerkung zu A IV, 7, Jaeger, Art. 271, N. 1, Ott, S. 62.

[7]) Ebenso BE XXVIII (1), 50, wo die Anwendung des Arrestes als strafrechtliche Beschlagnahmung abgelehnt wird. Für solche Fälle kann das kantonale Recht gemäss B 44 ein eigenes Verfahren vorsehen (vergl. § 14, II, Ziff. 2, lit. a hievor). Umgekehrt dagegen dürfen die durch das kantonale Recht vorgesehenen arrestähnlichen Institute niemals zur Anwendung kommen, sofern es sich um einen Anspruch handelt, welcher der Schuldbetreibung unterliegt. Ebenso Jaeger, Art. 271, N. 3; Ott, S. 41; a. M. A IV, 122 (Zürich).

überflüssig wäre und eine Wirkung überhaupt nicht äussern könnte, da eben die arrestierten Gegenstände, soweit sie nicht mit dem Pfand identisch sind, nicht Betreibungssubstrat bilden würden. Aus diesem letztern Grunde kann auch nicht etwa für denjenigen Betrag der Pfandforderung ein Arrest bewilligt werden, welcher durch das Pfand voraussichtlich nicht gedeckt wird.[8]) Der Begriff der pfandversicherten Forderung bestimmt sich gemäss B 37 (ZGBE 60; vergl. § 38, II, Ziff. 1 hievor). Derselben kann nicht eine Forderung gleichgestellt werden, für welche bereits eine Pfändung erfolgte, da die letztere kein dingliches Recht begründet, ihr Substrat durch Anschlusspfändungen, Widerspruchsverfahren und Steigerungsausfälle vermindert werden kann und endlich der Arrestnehmer unter Umständen besondere Gründe hat, für seine Forderung nach der Arrestlegung eine neue Betreibung anzuheben.[9])

c. Notwendig ist endlich regelmässig die Fälligkeit der Forderung (B 271, Al. 1). Die letztere darf also im Moment des Arrestes nicht suspensiv bedingt oder betagt sein, da sonst eine Sicherung der Zwangsvollstreckung ebensowenig gerechtfertigt wäre, wie diese letztere selbst. Eine Ausnahme von dieser Regel macht aber das Gesetz beim Vorhandensein des Arrestgrundes des mangelnden Wohnsitzes und der Zahlungsflucht (B 271, Ziff. 1 und 2; vergl. unten Ziff. 4). In diesen Fällen kann der Arrest auch für eine nicht verfallene Forderung verlangt werden; er bewirkt gegenüber dem Schuldner die Fälligkeit der Forderung (B 271, Al. 2).[10])

4. Zu den Voraussetzungen des Arrestes gehören endlich gewisse Eigenschaften in der Person des Schuldners. B 271, Al. 1 bezeichnet sie als Arrestgründe. Über

[8]) Wie dies Jaeger, Art. 271, N. 4 und Martin, p. 291 annehmen.

[9]) A. M. Jaeger, Art. 271, N. 4; Reichel, Art. 271, N. 4; Ott, S. 50.

[10]) Vergl. BE XXVII (2), 22. Jaeger, Art. 271, N. 16 nimmt dabei an, dass der Fälligkeitstermin ein bestimmter sein müsse. Dagegen ist Liquidität der Forderung — wie sie BE XXVI (1), 8 verlangt — nach B 271, Al. 1 in keinem Falle erforderlich.

die Verfassungsmässigkeit der einzelnen Arrestgründe im Hinblick auf BV 59 vergl. § 3, II, Ziff. 2 hievor. Die in B 271 enthaltene Aufzählung der Arrestgründe ist abschliessend, und es darf ein Arrestbefehl nicht gestützt auf andere Eigenschaften und Verhältnisse des Schuldners erlassen werden, auch wenn durch sie eine Durchführung der Schuldbetreibung ebensosehr gefährdet wird, wie durch den Arrestgrund.[11]) Den Arrestnehmer trifft in jedem Falle die Beweislast für das Vorhandensein des Arrestgrundes. Immerhin wird auch hier, geradeso wie hinsichtlich der Arrestforderung, kein strikter Beweis, sondern lediglich eine Glaubhaftmachung der in Betracht fallenden Tatsachen gefordert.[12])

a. Einen Arrestgrund bildet vor allem der mangelnde feste Wohnsitz des Schuldners (B 271, Ziff. 1). Der Begriff des festen Wohnsitzes bestimmt sich hier in gleicher Weise wie beim Betreibungsort (B 46; vergl. § 17, III hievor) Es muss sich also regelmässig um einen Schuldner handeln, für welchen nirgends ein Ort existiert, an welchem er, in der Absicht dauernd zu verbleiben, wohnt, oder seinen gesetzlichen Vertreter besitzt. Ein vertraglicher Vertreter genügt nicht.[13]) Dagegen ist der Besitz einer Geschäftsniederlassung gemäss B 50, Al. 1 mit dem Begriff des mangelnden festen Wohnsitzes nicht vereinbar, da durch eine solche Niederlassung in wirtschaftlicher Beziehung eine gewisse Sesshaftigkeit begründet wird.[14])

b. Mit dem soeben genannten verwandt ist der Arrestgrund der Zahlungsflucht.[15]) Derselbe äussert sich gemäss B 271, Ziff. 2 nach zwei Richtungen hin:

aa. Er ist vorhanden, wenn der Schuldner in der

---

[11]) Ebenso Reichel, Art. 271, N. 5; Jaeger, Art. 271, N. 7.

[12]) Vergl. BE XXV (1), 65; Jaeger, Art 271, N. 7.

[13]) Ebenso Jaeger, Art. 271, N. 8; Martin, p. 291; BE XXIII, 102, 118, XXI, 102; ZBJV XXXVIII, 114.

[14]) Ebenso Ott, S. 53; a. M. Jaeger, Art. 271, N. 8.

[15]) BE XXV (1), 37 bezeichnet den zahlungsflüchtigen Schuldner als nicht aufrechtstehend und daher der Garantie gemäss BV 59 nicht teilhaftig; vergl. ZBJV XLII, 552.

Absicht, sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensstücke beiseite schafft.[16])

bb. Ebenso trifft er zu, wenn der Schuldner in der oben erwähnten Absicht sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft. Die blosse Verlegung des Wohnsitzes oder Aufenthaltes an einen andern Ort genügt an sich nicht, sondern es muss das Moment einer gewissen Heimlichkeit und namentlich auch die Absicht, sich durch diesen Wegzug der Belangung seitens der Gläubiger zu entziehen, vorhanden sein.[17])

c. Ein Arrestgrund ist gemäss B 271, Ziff. 3 ferner vorhanden, wenn der Schuldner auf der Durchreise begriffen ist oder zu den Personen gehört, welche Messen und Märkte besuchen, für Forderungen, die ihrer Natur nach sofort zu erfüllen sind (sogenannter Markt- oder Messarrest). Dieser Grund trifft somit zu bei Schaubudenbesitzern, Wanderkaufleuten usw. Forderungen der genannten Art sind Zechschulden, Reparaturkosten u. dergl. Das Merkmal des vorhandenen festen Wohnsitzes gemäss B 271, Ziff. 1 spielt dabei keine Rolle.[18])

d. Der sogenannte Ausländerarrest wird dadurch begründet, dass der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt (B 271, Ziff. 4). Sein Zweck beruht in der Ermöglichung einer betreibungsrechtlichen Belangung des im Ausland wohnenden Schuldners in der Schweiz. Der Begriff des Wohnens in der Schweiz ist deshalb identisch mit dem Vorhandensein eines für die Exekution der Arrestforderung

---

[16]) Hieher gehört z. B. ein Verkauf seiner Vermögensstücke zu Schleuderpreisen, sowie die Begünstigung einzelner Gläubiger vor andern; vergl. BE XXXIV (2), 32; SchwJZ III, 10 (Genf), IV, 47 (Waadt). Zahlreiche Beispiele mit Judikatur vergl. bei Ott, S. 55 ff.; Jaeger, Art. 271, N. 10; Reichel, Art. 271, N. 8. Das Vorhandensein dieses Tatbestandes nimmt A V, 122 (Zürich) namentlich auch dann an, wenn der Schuldner, um sich der Exekution eines Steuerentscheides zu entziehen, sein Vermögen in einen andern Kanton schafft.

[17]) Ebenso BE XIX, 73, XXV (1), 65; A II, 56 (Basel); Jaeger, Art. 271, N. 9; Ott, S. 57.

[18]) Ebenso Jaeger, Art. 271, N. 12; Ott, S 58; a. M. BE XXVI (1), 8.

geeigneten Betreibungswohnsitzes daselbst. Der Ausländerarrest ist somit der Natur der Sache nach ausgeschlossen, wenn der Schuldner in der Schweiz — ganz abgesehen vom ordentlichen Betreibungsort gemäss B 46, 47 — den Betreibungsort der Geschäftsniederlassung oder des gewählten Spezialdomizils gemäss B 50 besitzt.[19]) Eine persönliche Anwesenheit des Schulders in der Schweiz ist in diesen Fällen zur Ausschliessung des Arrestgrundes nicht erforderlich.[20]) Ebensowenig kommt es auf den Wohnsitz und die Nationalität des Arrestnehmers an (vergl. oben Ziff. 2).

e. Als Arrestgrund gilt endlich der Umstand, dass dem Gläubiger ein provisorischer oder endgültiger Verlustschein zugestellt ist (B 271, Ziff. 5). Dieser Arrestgrund wird in B 149, Al. 2 und 265, Al. 2 als rechtliche Folge des Verlustscheins vorgesehen (vergl. § 37, IV, Ziff. 5, lit. b und § 57, III, Ziff. 4, lit. b hievor). Daraus folgt, dass der Besitz eines Verlustscheines einen Arrestgrund nur für die Verlustscheinforderung selbst begründet.[21]) Ein Pfandausfallschein oder eine im Ausland ausgestellte, dem Verlustschein analoge Urkunde ersetzt den letztern nicht;[22]) ebensowenig ein anderer Nachweis der frühern oder gegenwärtigen Insolvenz des Schuldners.[23])

---

[19]) Vergl. Blumenstein, Der Wohnsitzbegriff im sog. Ausländerarrest (A XII, 90); Reichel, Art. 271, N. 10; Jaeger, Art. 271, N. 14; Ott, S. 63; Revue XIV, 35 (Zürich); unbestimmt Meili, Lehrbuch des internat. Konkursrechtes, S. 189.

[20]) Vergl. Blumenstein, a. a. O. (A XII, 90), S. 261; unbestimmt BE XXIX (1), 89.

[21]) Ebenso Jaeger, Art. 271, N. 15; Reichel, Art. 271, N. 11. Beim Konkursverlustschein braucht zur Arrestlegung nicht gemäss B 265, Al. 2 neues Vermögen nachgewiesen zu sein, da der Arrest keine Betreibung im Sinne jener Vorschrift bildet und der Schuldner den Einwand bei Einleitung der Betreibung gemäss B 278 erheben kann (vergl. § 57, III, Ziff. 4, lit. e hievor); ebenso Jaeger, Art. 271, N. 15; Martin, p. 294; a. M. Reichel, Art. 271, N. 11.

[22]) Ebenso Reichel, Art. 271, N. 11; Jaeger, Art. 149, N. 3, A IV, 7; dagegen a. M. Ott, S. 65, BIHE XII, 98 (Zürich) und wohl auch Meili, Lehrbuch, S. 189.

[23]) Vergl. Jaeger, Art. 271, N. 15; Ott, S. 64; BE XXV (1), 65, wo der Verlustschein als Kriterium des Nichtaufrechtstehens gemäss BV 59 betrachtet wird.

5. Hinsichtlich der Stellung der Arrestvoraussetzungen im internationalen Verkehr behält B 271, Al. 3 die Bestimmungen der Staatsverträge vor.

Einen direkten Ausschluss des Arrestes[24]) in diesem Sinne sieht Art. 23 des internationalen Übereinkommens vom 14. Oktober 1890 über den Eisenbahnfrachtverkehr vor, indem er bestimmt, dass aus internationalen Transporten herrührende Forderungen der Eisenbahnen untereinander, sofern die schuldnerische Eisenbahn einem andern Staate angehört als die forderungsberechtigte, nicht mit Arrest belegt werden können, ausser in dem Falle, wenn der Arrest auf Grund einer Entscheidung der Gerichte des Staates erfolgt, dem die forderungsberechtigte Eisenbahn angehört. In gleicher Weise kann das rollende Material, mit Einschluss sämtlicher beweglicher, der betreffenden Eisenbahn gehörender Gegenstände, welche sich in diesem Material vorfinden, in dem Gebiete eines andern Staates als desjenigen, welchem die betreffende Eisenbahn angehört, nicht mit Arrest belegt werden, ausser in dem Fall, wenn der letztere auf Grund einer Entscheidung der Gerichte desjenigen Staates erfolgt, dem die forderungsberechtigte Eisenbahn angehört.

Eine Arrestbeschränkung wird endlich auch durch konkursrechtliche Staatsverträge in dem Sinn vorgesehen, dass im Falle des in einem Vertragsstaate ausgebrochenen Konkurses auf das Vermögen des Gemeinschuldners in einem andern Vertragsstaat keine andern Arreste gelegt werden dürfen, als zu Gunsten der Konkursmasse (vergl. § 42, III, Ziff. 2, lit. b hievor).[25])

---

[24]) Einen indirekten Einfluss auf die Arrestmöglichkeit können z. B. Auslieferungsverträge ausüben durch die Bestimmung, dass die im Besitz einer auszuliefernden Person gefundenen Gegenstände gleichzeitig mit jener auszuliefern seien, wodurch eine Arrestierung dieser Gegenstände faktisch verunmöglicht wird; vergl. BE XXXII (1), 77.

[25]) In Betracht kommen die Übereinkunft mit Württemberg von 1826, Art. 3, die Übereinkunft mit Bayern von 1834, diejenige zwischen St. Gallen und Österreich von 1842 und zwischen St. Gallen und Hamburg von 1858/61. Ein analoge

Streitig ist dagegen die Frage, ob ein Ausschluss des Arrestes schlechtweg begründet wird durch Art. 1 des Gerichtsstandvertrages mit Frankreich vom 15. Juni 1869, wo vorgesehen wird, dass in Streitigkeiten über bewegliche Sachen und persönliche Ansprüche, welche aus dem bürgerlichen oder Handelsverkehr herrühren, gegen einen in Frankreich wohnenden Franzosen nur vor seinem natürlichen Richter, d. h. am Gerichtsstand des Wohnortes geklagt werden könne.

Wie oben ausgeführt wurde, stellt der Arrest weder eine gerichtliche noch auch eine aussergerichtliche Geltendmachung eines Anspruches, sondern lediglich eine Sicherung der gleichzeitigen oder nachträglichen Betreibung dar. Von einer Streitigkeit im prozessualen Sinn kann deshalb dabei streng genommen nicht die Rede sein, weshalb auch Art. 1 des Gerichtsstandsvertrages richtigerweise auf diesen Fall nicht anwendbar ist. Dagegen greift derselbe Platz, wenn später zur Prosequierung des Arrestes eine Klage gemäss B 278, Al. 2 (vergl. unten VII, Ziff. 2) angehoben werden muss.[26])

Die herrschende Meinung in Theorie und Praxis hat jedoch von jeher den Standpunkt eingenommen, dass die Arrestlegung für eine zivilrechtliche Forderung eines Schweizers gegenüber einem in Frankreich domizilierten Franzosen mit Rücksicht auf den Gerichtsstandsvertrag nur zulässig sei, sofern es sich dabei um die Sicherung einer bereits durch rechtskräftiges Zivilurteil festgestellten Forderung handle.[27])

Bestimmungen enthaltender Staatsvertrag mit Baden von 1808 wurde als durch Übereinkunft aufgehoben erklärt; vergl. Kreisschreiben des Bundesrates vom 4. Juni 1902 (A VII, 29).

[26]) In diesem Sinne auch Martin, p. 295; Roguin, Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale, p. 840; Roguin, l'art. 59 de la constitution fédérale, p. 134; Ott, S. 116 ff., wo die einzelnen Folgen dieser Auffassung eingehend beleuchtet werden.

[27]) Vergl. Reichel, Art. 271, N. 12; Jaeger, Art. 271, N. 14; Reichel, Der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich und dessen Verhältnis zur Schuldbetreibung (A II, 75); Meili, Lehrbuch des inter-

III. Der Arrestbefehl.

Der Arrest kann nur auf Anordnung der kompetenten Behörde (Arrestbehörde) hin erfolgen (Arrestbefehl).

1. Die Arrestbehörde wird durch das kantonale Recht bestimmt (B 23, Ziff. 1; vergl. § 12, III hievor). Und zwar wird als solche regelmässig eine Gerichtsbehörde, seltener eine Verwaltungsbehörde oder gar das Betreibungsamt bezeichnet.[28]) Die Arrestbehörde gehört nicht zum Behördenorganismus der Schuldbetreibung als solcher, sondern stellt nur ein Hilfsorgan der letztern dar. Sie steht deshalb auch nicht unter der Aufsichtsbehörde, und es kann gegen ihre Verfügungen keine Beschwerde gemäss B 17 ff. ergriffen werden (B 279, Al. 1).[29])

Örtlich zuständig ist die Behörde desjenigen Ortes, wo sich der Arrestgegenstand befindet (B 272). Forderungen, die nicht durch ein Wertpapier verkörpert werden, sind am Wohnsitz ihres Inhabers gelegen (vergl. § 30, II, Ziff. 1 hievor).[30]) Liegt der Arrestgegenstand in verschiedenen Arrestkreisen, so ist die Arrestbehörde desjenigen

---

nationalen Konkursrechtes, S. 193 ff.; Curti, Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betr. den Gerichtsstand und die Urteilsvollstreckung; Diss. Zürich, 1879, S. 30 ff.; BE XVIII. 170, XXIII, 117, XXVI (1), 13, XXVIII (1), 61, XXIX (1), 91, XXXIII (1), 98, 129. Immerhin wird in diesen Urteilen ausdrücklich betont, dass der Ausschluss des Arrestes nicht zutrifft, sofern der Arrestgläubiger nicht ein Schweizer oder der Arrestschuldner nicht ein Franzose ist. Die Bestimmung kann danach namentlich nicht auf Elsässer angewendet werden; vergl. A VII, 14.

[28]) Vergl. die einschlägigen Bestimmungen bei Brand und Wasem, S. 91 ff., sowie eine Aufzählung der einzelnen Behörden bei Reichel, Art. 23, N. 1.

[29]) Dagegen untersteht der Beschwerdekompetenz der Aufsichtsbehörde der Arrestvollzug; vergl. BE XXVII (1), 45; A XI, 15, sowie unten IV.

[30]) Vergl. A XI, 35; Ott, S. 69, sowie die in § 30, Note 13 hievor enthaltenen Zitate: a. M. A IV, 21 (Basel). Aus Zweckmässigkeitsgründen lässt BE XXXI (1), 33 die Arrestierung am Wohnort des Drittschuldners dann zu, wenn der Gläubiger der zu arrestierenden Forderung im Auslande wohnt.

Arrestkreises zuständig, in welchem sich der wertvollste Teil befindet.[31])

2. Voraussetzung des Arrestbefehls ist immer ein **Arrestgesuch des Gläubigers**. Eine Arrestlegung von Amtes wegen ist ausgeschlossen.

Form und Inhalt des Arrestgesuches werden nicht ausdrücklich normiert. Das letztere kann deshalb mündlich oder schriftlich erfolgen und hat alle Angaben zu enthalten, welche gemäss B 274 für den Erlass des Arrestbefehls erforderlich sind (vergl. unten Ziff. 4). Ferner hat gemäss B 272 der Gläubiger darin sowohl seine Forderung als auch das Vorhandensein eines Arrestgrundes glaubhaft zu machen, also den Nachweis derjenigen Tatsachen anzutreten, welche dafür eine gewisse Wahrscheinlichkeit begründen.[32])

Wie sich indirekt aus B 274, Ziff. 1 ergibt, kann das Arrestgesuch auch durch einen Bevollmächtigten des Gläubigers gestellt werden, der sich natürlich über seine Vollmacht auszuweisen hat.

3. Ein besonderes **Verfahren für den Erlass des Arrestbefehls** wird im Gesetz nicht vorgezeichnet. Die Arrestbehörde hat einfach zu prüfen, ob das Arrestgesuch die nötigen Angaben und Beweismittel enthält. Eine Parteiverhandlung, oder auch nur eine Einvernahme des Arrestschuldners, hat nicht stattzufinden. Ebenso ist eine Berufung gegen den Entscheid der Arrestbehörde an eine obere Instanz gemäss B 279, Al. 1 ausgeschlossen.[33])

4. Der **Inhalt des Arrestbefehls** wird in B 274, Al. 2 genau normiert.[34]) Er umfasst den Namen und den

---

[31]) Der Arrestbefehl bleibt gültig, auch wenn nach seinem Erlass die Arrestgegenstände fortgeschafft werden; vergl. Jaeger Art. 272, N. 2; Ott, S. 69.

[32]) Vergl. Jaeger, Art. 272, N. 7, Martin, p. 298; Ott, S. 67 ff. Über die prozessuale Bedeutung der Glaubhaftmachung vergl. § 27, IV, Ziff. 2, lit. b hievor.

[33]) Ott, S. 71 will den kantonalen Gesetzgeber ermächtigen, einen Rekurs gegen den abweisenden Entscheid der Arrestbehörde vorzusehen. Ebenso Jaeger, Art. 271, N. 1; BE XXXI (1), 46; A I, 37 (Thurgau).

[34]) Ein amtliches Formular wird dafür aufgestellt durch Verordnung Nr. 1, Art. 25.

Wohnort des Gläubigers und seines allfälligen Bevollmächtigten und des Schuldners; die Angabe der Forderung, für welche der Arrest gelegt wird; die Angabe des Arrestgrundes; die Angabe der mit Arrest zu belegenden Gegenstände, sowie den Hinweis auf die Schadenersatzpflicht des Gläubigers und gegebenenfalls auf die ihm auferlegte Sicherheitsleistung (vergl. unten V, Ziff. 2, lit. d).

IV. Der Arrestvollzug.

Die Arrestbehörde beauftragt den Betreibungsbeamten oder einen andern Beamten oder Angestellten mit der Vollziehung des Arrestes und stellt demselben den Arrestbefehl zu (B 274, Al. 1).[35])

1. Vollziehungsbehörde ist regelmässig das Betreibungsamt, und zwar dasjenige, in dessen Kreis der Arrestgegenstand liegt. An seiner Stelle kann allerdings die Arrestbehörde auch einen andern Beamten oder Angestellten — z. B. einen Betreibungsgehülfen, Polizeidiener oder Gerichtsbeamten — mit der Vornahme der eigentlichen Arrestierungshandlungen betrauen. Wie jedoch aus B 276 hervorgeht, wird dadurch die Mitwirkung des Betreibungsamtes nicht ausgeschaltet, welchem in jedem Fall die Zustellung der Arresturkunde zukommt (vergl. unten Ziff. 3).[36])

2. Der Auftrag zum Arrestvollzug geht gemäss

[35]) Der beauftragte Funktionär hat weder die Kompetenz der Arrestbehörde, noch die materielle Zulässigkeit und Begründetheit des Arrestbefehls zu prüfen, und ebensowenig darf dies die Aufsichtsbehörde tun, sofern ihr gegen den Arrestvollzug eine Beschwerde eingereicht wird; vergl. BE XXIII, 128, XXXIV (1): 132; Jaeger, Art. 275, N. 1; Ott, S. 80.

[36]) Infolgedessen ist denn auch der Arrestvollzug als solcher der Kontrolle der Aufsichtsbehörden gemäss B 13–15 unterstellt; vergl. BE XXII, 60, XXVI (1), 101. Gegen die Vollziehungshandlungen kann gemäss B 17 ff. Beschwerde geführt werden, und zwar auch dann, wenn die Grundlage derselben durch besondere Angaben im Arrestbefehl gebildet wird; vergl. BE XXIV (1), 60, XXVIII (1), 74, XXXI (1), 37, 85, XXXII (1), 85. Wurde der Arrest nicht durch den Betreibungsbeamten, sondern durch einen der Aufsichtsbehörde nicht unterstellten Beamten vollzogen, so kann eine Beschwerde gegen das Betreibungsamt erfolgen, welches die Arresturkunde zustellt.

B 274 von der Arrestbehörde aus. Der Arrestgläubiger hat in dieser Beziehung keine Vorkehren mehr zu treffen.[37])

3. Das Vollzugsverfahren ist nach der Vorschrift in B 275 das durch B 91--109 auch für die Pfändung vorgesehene, wobei allerdings trotz des Wortlautes im Gesetz nicht alle einschlägigen Vorschriften auf den Arrestvollzug schlechtweg anwendbar sind.

Die Arrestlegung hat an Ort und Stelle in Anwesenheit des Arrestschuldners, welchem die in B 91, Al. 2 vorgesehene Pflicht zur Öffnung von Räumlichkeiten und Behältnissen obliegt, zu geschehen. Zu arrestieren sind aber nur die im Arrestbefehl gemäss B 274 ausdrücklich genannten Gegenstände, gleichgültig, ob ihr Wert voraussichtlich zur Deckung der Arrestforderung genügt oder nicht.[38]) Jedoch müssen die im Arrestbefehl genannten Vermögensstücke freigelassen werden, sofern sie gemäss B 92—94 unpfändbar sind.[39]) Die arrestierten Gegenstände sind gemäss B 97, Al. 1 zu schätzen.[40]) Was ihre Behändigung anbelangt, so gelten — trotz des Wortlautes in B 275 — dafür nicht die für die Pfändung in B 98 aufgestellten Vorschriften. Vielmehr trifft B 277 eine besondere Normierung in dem Sinne, dass die Arrestgegenstände dem Schuldner zur freien Verfügung überlassen werden, sofern er dafür Sicherheit leistet, dass im Falle der Pfändung oder der Konkurseröffnung die Arrestgegenstände oder an ihrer Stelle andere Vermögensstücke von gleichem Wert vorhanden sein werden. Die Sicherheit ist zu leisten durch Hinterlage oder durch Solidarbürgschaft

---

[37]) Ebenso Jaeger, Art. 274, N. 2; Reichel, Art. 274, N. 1; a. M. Ott, S. 77.

[38]) Ebenso Jaeger, Art. 275, N. 1; ZBJV XXXV, 339; a. M. Ott, S. 81.

[39]) Der Schuldner kann gegen die Arrestierung nicht pfändbarer Vermögensstücke Beschwerde führen; vergl. BE XXII, 60, 110, XXIII, 128, XXIV (1), 60, XXVIII (1), 20.

[40]) Weisen sie dabei gar keinen Vermögenswert auf oder sind sie aus andern als betreibungsrechtlichen Gründen unpfändbar (vergl. § 31, II, Ziff. 1 hievor), so sind sie ebenfalls freizugeben; vergl BE XXXV (1), 99.

einer im Betreibungskreise des Arrestortes wohnenden Person (B 277).[41]) Die Höhe der Sicherheit wird durch das Betreibungsamt bestimmt.[42]) Die Sicherheit tritt an Stelle des arrestierten Gegenstandes, für welchen das Veräusserungsverbot gemäss B 96 (ZGBE 60) in diesem Falle nicht besteht.[43])

Beansprucht ein Dritter Eigentum oder Pfandrecht am Arrestgegenstand, so hindert dies den Vollzug des Arrestes nicht. Es wird vielmehr das Widerspruchsverfahren gemäss B 106 oder gemäss B 109 eingeleitet, je nachdem die Sache im Gewahrsam des Arrestschuldners oder in demjenigen des Dritten ist (vergl. § 32, II hievor).[44]) Ansprüche aus einem Personenversicherungsvertrag, deren Pfändbarkeit von einem Begünstigten gemäss Art. 79, 80 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag bestritten wird, werden gleichwohl arrestiert. Der Betreibungsbeamte setzt aber dem Arrestgläubiger eine Frist zur Bestreitung der Ansprüche des Dritten, bezw. zur gerichtlichen Feststellung ihres Nichtbestehens an (Verordnung des Bundesgerichts vom 10. Mai 1910 betr. die Pfändung,

---

[41]) Vergl. BE XXX (1) 32, A VIII, 62. Ein Bestimmungsrecht des Gläubigers gemäss B 98, Al. 1 besteht nicht. Dagegen können einem dritten Inhaber die arrestierten Sachen auch gegen Sicherheitsleistung nur in den gemäss B 98 zulässigen Fällen belassen werden; vergl. Ott, S. 100; Jaeger, Art. 277, N. 1. Umgekehrt ist Jaeger mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut in B 277 darin nicht beizustimmen, dass trotz Sicherheitsleistung dem Schuldner gegenüber eine Behändigung zu erfolgen habe bei Vorhandensein eines Arrestgrundes gemäss B 271, Ziff. 2 und 3.

[42]) Ebenso Jaeger, Art. 277, N. 3, während Reichel, Art. 277, N. 2 eine Bestimmung durch die Arrestbehörde vorsieht.

[43]) Die Höhe der Sicherheit bestimmt sich deshalb nach dem Wert des Arrestgegenstandes und nicht nach demjenigen der Arrestforderung; ebenso Jaeger, Art. 277, N. 4 und BE XXX (1), 32, worin auch richtig hervorgehoben wird, dass die Sicherheit nur dem Arrestgläubiger, nicht aber andern Gläubigern, die sich seiner Pfändung anschliessen, haftet.

[44]) Ebenso BE XXVIII (1), 23, XXX (1), 93; A XI, 108. Bei Anhebung der Widerspruchsklage durch den Dritten ist eine vom Arrestgläubiger angehobene Betreibung gemäss B 107 gerichtlich einzustellen; vergl. BE XXX (1), 133.

Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen, Art. 4, 5, 8).

Leugnet der Drittschuldner einer zu arrestierenden Forderung die Existenz der letztern, so hindert das den Arrestvollzug nicht.[45])

Die Verurkundung des Arrestvollzuges geschieht durch die sogenannte Arresturkunde. Der mit dem Vollzug betraute Beamte oder Angestellte verfasst dieselbe, indem er auf dem Arrestbefehl die Vornahme des Arrestes mit Angabe der Arrestgegenstände und ihrer Schätzung bescheinigt, und übermittelt sie sofort dem Betreibungsamte. Der Betreibungsbeamte stellt binnen drei Tagen nach Empfang der Arresturkunde dem Gläubiger und dem Schuldner eine Abschrift derselben zu (B 276).[46])

V. Die Stellung des Arrestschuldners.

Soll der Arrest den ihm vom Gesetzgeber zugedachten Zweck einer Sicherung der Schuldbetreibung erfüllen, so muss er möglichst rasch durchgeführt werden, damit der Arrestgegenstand nicht vor Vollzug des Arrestes beiseite geschafft werden kann. Deshalb geht die Arrestbewilligung ohne Parteiverhandlung vor sich und dem Arrestschuldner stehen gegen den Arrestbefehl weder Berufung noch Beschwerde zu (B 279, Al. 1; vergl. oben III, Ziff. 3).

Durch diese Summarietät des Arrestverfahrens sollen aber die materiellrechtlichen und betreibungsrechtlichen Interessen des Arrestschuldners nicht beeinträchtigt werden. Zu diesem Zwecke versagt das Gesetz vor allem dem Arrest jede Exekutionswirkung und zwingt dadurch den Arrestgläubiger, das ordentliche Betreibungsverfahren durchzuführen, wobei dann dem Arrestschuldner Gelegenheit gegeben ist, den Nichtbestand der Arrestforderung geltend zu machen (vergl. unten VII). Fehlt es dagegen an einem

---

[45]) Ebenso BE XXVI (1), 101.

[46]) Jaeger, Art. 276, N. 5 will auch dem Betreibungsbeamten des in der Schweiz gelegenen Wohnsitzes des Schuldners, sofern derselbe nicht mit dem Arrestort zusammenfällt, Anzeige machen lassen.



Arrestgrund gemäss B 271, so kann der Arrestschuldner durch die Arrestaufhebungsklage gemäss B 279, Al. 2 den Arrest auf gerichtlichem Weg beseitigen (vergl. unten Ziff. 1). In allen Fällen endlich haftet ihm der Arrestgläubiger für die schädigenden Folgen eines ungerechtfertigten Arrestes, und es wird hiefür in B 273 eine besondere Schadensersatzklage vorgesehen (vergl. unten Ziff. 2).

1. Die Arrestaufhebungsklage gipfelt darin, dass der Schuldner, welcher den Arrestgrund bestreiten will, binnen fünf Tagen seit Zustellung der Arresturkunde die Aufhebung des Arrestes durch Klage beim Gerichte des Arrestortes verlangen kann (B 279, Al. 2).

a. Gegenstand der Klage ist also die Streitfrage, ob der im Arrestbefehl als Basis des Arrestes bezeichnete Arrestgrund wirklich existiert. Es handelt sich somit um eine betreibungsrechtliche Streitigkeit rein formeller Natur (vergl. § 10, II, Ziff. 2 hievor). Nicht zu untersuchen ist daher vom Richter, ob eine gültige exequierbare Arrestforderung vorhanden ist oder nicht. Die Prüfung dieser Frage gehört vielmehr in das ordentliche Betreibungsverfahren gemäss B 278, bezw. in den damit zusammenhängenden Zivilprozess (vergl. unten VII).[47] Der Mangel einer Arrestforderung kann also vom Schuldner nicht zur Klagebegründung verwendet werden. Umgekehrt aber kann der Gläubiger seine Forderung in diesem Prozess auch nicht etwa widerklagsweise geltend machen.[48]

---

[47]) Ebenso Jaeger, Art. 279, N. 3; Reichel, Art. 279, N. 6; Martin, p. 313; Ott, S. 95 ff.; ZBJV XXXIII. 70 (Bern); A I, 41 (Zürich).

[48]) Auch wenn sich daher im Arrestaufhebungsprozess die Wahrscheinlichkeit eines Nichtbestehens der Arrestforderung ergibt, darf der Arrest nicht deswegen aufgehoben werden, da über den Bestand der Forderung nicht das Gericht des Arrestortes als solches zu urteilen hat; a. M. Ott, S. 97. Ebensowenig darf in einem solchen Fall das Gericht dem Arrestgläubiger eine Sicherheitsleistung gemäss B 273, Al 1 auferlegen oder eine geleistete erhöhen, da diese Kompetenz einzig der Arrestbehörde zusteht; a. M. Ott, S. 97; Jaeger, Art. 279, N 3; A I, 41 (Zürich). Endlich hat es auch nicht über den Einwand zu urteilen, ein an sich gerechtfertigter Arrest sei durch Vertrag aufgehoben worden; vergl. BE XXIII, 214.

Die Prüfung des urteilenden Gerichtes richtet sich — wie aus dem Wortlaut in B 279, Al. 2 hervorgeht — darauf, ob «der» Arrestgrund vorhanden ist, d. h. derjenige, auf welchen sich der verhängte Arrest wirklich stützt, also nicht etwa darauf, ob irgend ein Arrestgrund existiert.[49]) Das Arrestgericht kann eben von sich aus einen Arrest niemals verhängen, sondern nur aufheben. Deshalb darf es auch den von der Arrestbehörde verfügten Arrest nicht aus einem Grund schützen, den ihm die kompetente Behörde nicht zur Basis gegeben hat, indem dies nichts anderes wäre, als eine neue Arrestbewilligung. Ebenso ist bei der Prüfung der Frage, ob der im Arrestbefehl genannte Arrestgrund wirklich vorhanden ist, auf denjenigen Tatbestand abzustellen, welcher zur Zeit der Arrestbewilligung vorhanden war.[50])

b. Die Parteirollen werden im Gesetz in der Weise verteilt, dass als Kläger immer der Arrestschuldner, als Beklagter immer der Arrestgläubiger aufzutreten hat. Dritte Personen sind auch dann nicht legitimiert, wenn sie an der Freilassung des Arrestgegenstandes ein Interesse haben. Sie müssen vielmehr ihren Anspruch im Widerspruchsverfahren gemäss B 106, 109, 275 geltend machen.[51])

c. Trotz dieser Parteirollenverteilung trägt die Beweislast für das Vorhandensein des Arrestgrundes immer der beklagte Arrestgläubiger, da es sich dabei um die gerichtliche Feststellung handelt, ob der von ihm zum Zweck der Erlangung eines Arrestbefehls behauptete Arrestgrund wirklich vorhanden ist oder nicht.[52]) Führt aber der Arrest-

---

[49]) Ebenso Jaeger, Art. 279, N. 5; Reichel, Art. 279, N. 7; Martin, p. 314; a. M. Ott, S. 96, sowie A I, 41, BIHE XIV, 266 (Zürich), wo sogar angenommen wird, dass die Klage auch beim Vorhandensein eines zur Zeit der Arrestbewilligung noch nicht existent gewesenen, bezw. nicht geltend gemachten Arrestgrundes abzuweisen sei; dagegen richtig SchwJZ III, 27, IV, 92 (Waadt), V, 195 (Genf).

[50]) In gleichem Sinne Jaeger, Art. 279, N. 5; Reichel, Art. 279, N. 7; Martin, p. 313; Ott, S. 95; SchwJZ V, 195 (Genf).

[51]) Ebenso BE XXV (2), 14; Jaeger, Art. 279, N. 5.

[52]) Ebenso BE XXV (1), 65; ZBJV XXXIV, 55; Jaeger, Art. 279, N. 5; Reichel, Art. 279, N. 3.

schuldner besondere Tatsachen an, welche den Wegfall eines Arrestgrundes dartun sollen, so hat er sie zu beweisen.

Während für das Arrestbegehren eine blosse Glaubhaftmachung des Arrestgrundes genügt, so muss im Arrestaufhebungsprozess ein strikter Beweis dafür gefordert werden, da eben der Grundgedanke des Institutes gerade darin beruht, dass die bloss summarische Überprüfung seitens der Arrestbehörde im Arrestaufhebungsprozess durch eine eingehende gerichtliche Beurteilung ersetzt werden soll, worin eine Rechtsgarantie für den Arrestschuldner liegt.[53])

d. Örtlich kompetent ist gemäss B 279 ausschliesslich das Gericht des Arrestortes; die sachliche Kompetenz wird durch das kantonale Recht geregelt.[54])

e. Das Prozessverfahren ist das beschleunigte (B 279, Al. 2; vergl. § 11, II, Ziff. 2 hievor) und wird daher gemäss B 25, Ziff. 1 dem kantonalen Recht zur Regelung überlassen.[55]) Bundesrechtlich wird nur die Vorschrift aufgestellt, dass die Klage binn fünfen Tagen seit der Zustellung der Arresturkunde angehoben werden muss (B 279, Al. 2). Die Einhaltung dieser Befristung ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen.

f. Der Einfluss des Arrestaufhebungsprozesses auf den Arrest und seine Wirkungen macht sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

Die blosse Anhebung der Klage stellt die Wirkung des Arrestes nicht ein. Der Gläubiger kann die Betreibung anheben und weiterführen und geniesst dabei alle Vorzugsrechte eines Arrestgläubigers (vergl. unten VII). Er ist aber zu einer derartigen Weiterführung nicht verpflichtet,

---

[53]) Ebenso Reichel, Art. 279, N. 3; Martin, p. 314; a. M. Jaeger, Art. 279, N. 5; Ott, S. 95; A III, 65 (Basel).

[54]) Ebenso BE XXIV (1), 33, XXXI (1), 107, wo hervorgehoben wird, dass ein anderer Gerichtsstand als derjenige des Arrestortes schlechtweg ausgeschlossen ist.

[55]) Eine Berufung an das Bundesgericht ist, da es sich um eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit handelt, ausgeschlossen; vergl. BE XXII, 146. Über die Möglichkeit eines staatsrechtlichen Rekurses vergl. § 3, II, Ziff. 2 hievor.

und namentlich laufen die ihm zu diesem Zweck durch B 278 gesetzten Fristen nicht (B 279, Al. 2).

Durch den **Zuspruch der Klage** fällt der Arrest dahin. Es muss daher auch die auf Grund des Arrestes am Arrestort gemäss B 52 angehobene Betreibung als dahingefallen betrachtet werden, sofern der Arrestort nicht mit dem ordentlichen Betreibungsort zusammenfällt.

Das Urteil im Arrestaufhebungsprozess schafft mit Rücksicht auf seine rein betreibungsrechtliche Natur nur für das vorliegende Arrestverfahren Recht.

2. Wie die Arrestaufhebungsklage, so soll auch die **arrestrechtliche Schadensersatzklage** einen speziellen Schutz des Arrestschuldners bewirken. Da nämlich das Arrestbegehren an sich keine unerlaubte Handlung bildet, auch wenn es rechtlich unbegründet ist, so könnte der Arrestschuldner auf Grund der allgemeinen Vorschriften in OR 50 ff. einen ihm aus ungerechtfertigtem Arrest entstandenen Schaden gegenüber dem Arrestgläubiger nur dann einklagen, wenn er nachweist, dass der Gläubiger durch Stellung des Arrestbegehrens mit Rücksicht auf die besondern Verhältnisse des speziellen Falles schuldhaft und rechtswidrig gehandelt hat.[56]) Mit Rücksicht darauf aber, dass der Arrest eine Vergünstigung für den Gläubiger darstellt, sieht B 273 vor, dass der letztere für den dem Arrestschuldner aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenen Schaden — auch ohne Vorliegen eines Verschuldens seinerseits — haftet.[57])

---

[56]) Vergl. in diesem Sinne auch BE XIX, 73, XXII, 146, XXV (2), 14, 46.

[57]) Vergl. die in Note 56 zit. Urteile, wo dieser Schadensersatzanspruch als obligatio ex lege bezeichnet wird. Dagegen identifiziert ihn **Martin**, p. 300 mit dem Anspruch aus OR 50 ff. Die Streitfrage ist von praktischer Bedeutung, weil von ihrer Lösung die Verjährungsfrist abhängt. Handelt es sich um eine Klage nach OR 50, so tritt die einjährige Verjährung gemäss OR 69 ein, wie dies **Martin**, p. 301 auch annimmt, während nach dem oben im Texte Ausgeführten die gewöhnliche Verjährung gemäss OR 146 am Platze ist. Ebenso **Reichel**, Art. 273, N. 2. Dagegen a. M. aus Zweckmässigkeitsgründen und trotzdem sie die Natur der Klage als Deliktsklage verneinen, **Jaeger**, Art. 273, N. 6; **Ott**, S. 108 ff.; **Brüstlein** in A I, 64, BE XXXI (2), 39.

a. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches sind demnach folgende:

aa. Der Arrest muss bewilligt und vollzogen worden sein (vergl. oben IV, Ziff. 3).

bb. Er muss ferner ungerechtfertigt sein. Dies ist der Fall, wenn entweder eine arrestmässige Forderung gemäss B 271, Al. 1 nicht existiert (vergl. oben II, Ziff. 3), oder wenn der Arrestgrund fehlt (vergl. oben II, Ziff. 4).[58] Das Fehlen einer Arrestforderung kann sich sowohl aus einem gemäss B 278, Al. 2 durchgeführten Zivilprozess ergeben, als auch im Schadensersatzprozess selbst nachgewiesen werden.[59] Was dagegen den Mangel eines Arrestgrundes anbelangt, so kann derselbe nur durch Anhebung einer Arrestaufhebungsklage gemäss B 279, Al. 2 dargetan werden, weshalb der Schuldner bei geschehener Versäumung oder Abweisung der letztern im Schadensersatzprozess einen selbständigen Beweis für den Mangel eines Arrestgrundes nicht führen kann und umgekehrt im Falle des Zuspruches jener Klage einen solchen Beweis nicht zu führen braucht. Die Feststellung des Vorhandenseins eines Arrestgrundes wird eben durch B 279 einzig in dem dafür vorgesehenen beschleunigten Verfahren gestattet.[60]

cc. Es muss infolge der Arrestlegung dem Schuldner ein Schade entstanden sein. Und zwar kann es sich dabei nur um einen Vermögensschaden handeln; ein Genugtuungsanspruch für tort moral kann nur gestützt auf OR 55 geltend gemacht werden.[61] Der eingetretene Schade muss auf die Arrestlegung als solche und nicht etwa bloss auf die Art und Weise ihres Vollzuges zurückzuführen sein.

---

[58]) Ebenso Jaeger, Art. 273, N. 4; Martin, p. 300; BE XXXI (2), 39.

[59]) Ebenso BE XXV (2), 146, wo aber im weitern der etwas bedenkliche Satz aufgestellt wird, dass der Gläubiger, welcher die rechtzeitige Anhebung der Betreibung oder der Klage gemäss B 278 unterlasse, dadurch die Unbegründetheit des Arrestes anerkenne. Kritik des Entscheides bei Reichel, Art. 273, N. 4.

[60]) Ebenso Jaeger, Art. 273, N. 4; Ott, S. 104; dagegen Reichel, Art. 273, N. 7; Brüstlein in A V, 21.

[61]) Vergl. BE XXXIV (2), 32, sowie Jaeger, Art. 273, N. 2.

Die Beweislast für Eintritt und Umfang des Schadens und für den Kausalzusammenhang zwischen Arrest und Schaden liegt immer dem klagenden Arrestschuldner ob.[62])

b. Die Legitimation zur Anstellung der arrestrechtlichen Schadensersatzklage wird im Gesetz nur für die passive Seite geregelt, indem der Gläubiger als haftbar erklärt wird. Aktiv legitimiert kann trotz des allgemeinen Wortlautes in B 273, Al. 1 nur der Arrestschuldner sein, da nur er am Arrest beteiligt ist und somit von arrestrechtlichen Instituten Gebrauch machen kann. Wurde ein Dritter, z. B. infolge Arrestierung eines ihm gehörenden Vermögensstückes, geschädigt, so kann er lediglich gemäss OR 50 ff. Klage erheben.[63])

c. Das Prozessverfahren der arrestrechtlichen Schadensersatzklage wird in B 273 nicht geregelt. Die letztere stellt eben eine materiellrechtliche Klage dar und ist daher auf dem gewöhnlichen Zivilprozessweg geltend zu machen (vergl. § 10, II, Ziff. 1 hievor).[64])

Als Gerichtsstand wird durch B 273, Al. 2 der Arrestort bezeichnet.[65]) Dies hindert jedoch nicht, dass ein Schadensersatzanspruch aus B 273 auch einrede- oder widerklagsweise einer gegenüber dem Arrestschuldner — z. B. gemäss B 278, Al. 2 — erhobenen Forderungsklage entgegen-

---

[62]) Ebenso BE XXIII, 43; vergl. SchwJZ III, 40 (Zürich). Ist dem Arrestschuldner selbst an der Herbeiführung des Schadens ein Verschulden beizumessen, so ist sein Anspruch abzuweisen; vergl. BE XXV (2), 14; Ott, S. 104.

[63]) Ebenso BE XXV (2), 14; Jaeger, Art. 273, N. 6; Reichel, Art. 273, N. 6.

[64]) Berufung an das Bundesgericht ist also grundsätzlich zulässig. Das letztere ist aber an die im Arrestaufhebungsprozess gemäss B 279, Al 2 vom kantonalen Richter vorgenommenen Feststellungen über das Bestehen eines Arrestgrundes gebunden; vergl. BE XXII, 146.

[65]) Dieser Gerichtsstand gilt auch gegenüber einem in Frankreich wohnenden Franzosen, da dieser sich durch Herausnahme eines Arrestes dem schweizerischen Arrestrecht unterwirft; vergl. BE XXI, 93. Überhaupt ist dieser Gerichtsstand zwingenden Rechts, mit Ausnahme des Falles, wo die Entschädigungsklage auf OR 50 ff. gestützt wird; vergl. BE XXXI (1), 107.

gehalten werden kann.[66]) Eine Verbindung mit der Arrestaufhebungsklage gemäss B 279, Al. 2 wäre nur dann möglich, wenn das kantonale Recht auch für die Schadensersatzklage das beschleunigte Prozessverfahren vorsähe, was tatsächlich nirgends der Fall ist.[67])

d. Für den durch einen ungerechtfertigten Arrest verursachten Schaden, kann der Arrestgläubiger gemäss B 273, Al. 1 bei der Arrestbewilligung zur Sicherheitsleistung verhalten werden. Dies kann aber der Natur der Sache nach einzig durch die Arrestbehörde anlässlich der Arrestbewilligung geschehen und wird gemäss B 274, Ziff. 5 im Arrestbefehl erwähnt (vergl. oben III, Ziff. 4).[68]) Die Verfügung erfolgt von Amtes wegen und ist immer dann vorzunehmen, wenn die Arrestbehörde an dem Vorhandensein des Arrestgrundes irgendwelche Zweifel hegen muss, oder wenn der Arrest nach den speziellen Tatumständen des Falles für den Arrestschuldner besonders schwere Folgen haben könnte [69])

Die Arrestbehörde bestimmt auch die Höhe der Sicherheitsleistung und prüft ihre Zulänglichkeit. · Die geschehene Leistung ist Bedingung des Arrestbefehls gemäss B 274.[70]) Die Aufbewahrung der Sicherheitsleistung wird durch das kantonale Zivilprozessrecht bestimmt.

Da die Sicherheitsleistung in B 273 lediglich im Hinblick auf die arrestrechtliche Schadensersatzklage geregelt wird, so haftet sie grundsätzlich auch nur für die mit dieser

---

[66]) Ebenso Reichel, Art. 273, N. 8.

[67]) Ebenso Jaeger, Art. 273, N. 6; Reichel, Art. 273, N. 8. Für das bernische Recht wird die Zulässigkeit einer solchen Vereinigung abgelehnt durch ZBJV XXXIV, 55.

[68]) Ausgeschlossen ist daher die Auferlegung einer Sicherheitsleistung durch den Arrestrichter im Arrestaufhebungsprozess gemäss B 279, Al. 2 (vergl. oben Note 48), und ebenso anlässlich der Arrestvollziehung durch den Betreibungsbeamten oder die Aufsichtsbehörde; vergl. BE XXIX (1), 23; a. M. Ott, S. 74; Jaeger, Art. 273, N. 5, A I, 41 (Zürich).

[69]) Dagegen darf — wie Ott, S. 73 richtig ausführt — bei offenbarem Fehlen eines Arrestgrundes der Arrest auch nicht gegen Sicherheitsleistung bewilligt werden.

[70]) Ebenso Jaeger, Art. 273, N. 5 im Gegensatz zu Ott, S. 75, welcher nicht den Arrestbefehl, sondern nur den Arrestvollzug von der Leistung der Sicherheit abhängig machen will.

Klage geltend zu machenden Ansprüche. Der Schuldner kann sie nur gestützt auf ein obsiegliches Urteil im Prozess gemäss B 273 und in dem durch das letztere bestimmten Umfang in Anspruch nehmen.[71]) Einem geschädigten Dritten, der gemäss OR 50 ff. klagen muss, haftet sie überhaupt niemals.

Die Sicherheitsleistung kann nur von der Arrestbehörde, welche sie verfügt hat, freigelassen werden. Dies hat dann zu geschehen, wenn feststeht, dass ein Anspruch gemäss B 273 nicht mehr erfolgen kann, also dann, wenn die Schadensersatzklage abgewiesen oder verjährt ist, oder wenn der Arrestschuldner weder die Arrestaufhebungsklage noch auch Rechtsvorschlag gegen die Arrestbetreibung erhoben hat. Liegt kein solcher Grund vor, so kann der Gläubiger durch Feststellungsklage oder Provokation ein gerichtliches Urteil darüber herbeiführen, dass er dem Schuldner nicht mehr gemäss B 273 haftet.[72])

VI. Die Wirkungen des Arrestes.

Da der Arrest keine Exekutionsart, sondern nur ein Sicherungsmittel der Schuldbetreibung darstellt, so kann seine Wirkung niemals in der Befriedigung des Gläubigers, sondern lediglich in der Schaffung einer bestimmten betreibungsrechtlichen Stellung des letztern beruhen, welche im Gesetz genau umschrieben ist.[73]) Im übrigen begründet der Arrest kein Vorzugsrecht (B 281, Al. 3).

1. Die erste Wirkung des Arrestes besteht in der Schaffung eines besondern Betreibungsortes. Ist für eine Forderung Arrest gelegt, so wird die Betreibung da angehoben, wo sich der Arrestgegenstand befindet (B 52; vergl. § 17, IV, Ziff. 6 hievor). Dieser Betreibungsort gilt aber selbstverständlich nur für die Exekution der Arrestforderung. Überdies kann — wie aus B 278, Al. 1 her-

[71]) Ein Pfandrecht des Arrestschuldners an der Sicherheit liegt nicht vor; a. M. Ott, S. 75.

[72]) Ebenso Ott, S. 76; Jaeger, Art. 273, N. 5.

[73]) Aus Zweckmässigkeitsgründen nimmt die Praxis die Möglichkeit eines Notverkaufes gemäss B 124, Al. 2 an; vergl. BE XXXV (1), 32.

vorgeht — an Stelle der Arrestbetreibung eine bereits vor dem Arrest angehobene Betreibung treten, wobei dann auch der bisherige Betreibungsort beibehalten wird.

2. Der Arrest schafft für den Gläubiger eine gewisse Sicherung des Betreibungssubstrates. Dieselbe beruht allerdings nicht darin, dass ihm die Arrestgegenstände als Betreibungssubstrat reserviert werden. Wird vielmehr über den Arrestschuldner in der Folge der Konkurs verhängt, so fallen gemäss B 199 die Arrestgegenstände ohne weiteres in die Konkursmasse (vergl. § 47, IV, Ziff. 2, lit. a hievor). Ebenso können sie jederzeit von andern Gläubigern gepfändet werden. Geschieht dies letztere aber, bevor der Arrestgläubiger selbst das Pfändungsbegehren stellen kann, so nimmt derselbe von Rechts wegen provisorisch an der Pfändung teil (B 281, Al. 1). Es wird also eine bestimmte Art der Anschlusspfändung für ihn geschaffen (vergl. § 33, II, Ziff. 1, lit. a hievor).

a. Die Voraussetzungen dieser Anschlusspfändung sind folgende:

aa. Der Arrest muss noch zu Recht bestehen und darf nicht etwa mangels Prosequierung gemäss B 278 dahingefallen sein (vergl. unten VII).

bb. Die Arrestgegenstände müssen für die andern Gläubiger nach Ausstellung des Arrestbefehls gepfändet worden sein.[74])

cc. Der Arrestgläubiger darf nicht im Stande sein, selbst Pfändung zu verlangen, d. h. seine eigene Betreibung darf noch nicht bis zur Möglichkeit der Stellung eines Pfändungsbegehrens gediehen sein.

b. Die Wirkung dieser Anschlusspfändung besteht in der Teilnahme des Gläubigers an der Pfändung. Er tritt also von Gesetzes wegen zu der Gruppe der pfändenden Gläubiger hinzu, gleichgültig, wo die Betreibung der letztern angehoben wurde. Seine Teilnahme wird von Amtes

[74]) Ein Anschluss gemäss B 281, Al. 1 an eine vor dem Arrestbefehl erfolgte Pfändung ist ausgeschlossen; vergl. BE XXX (1), 92. Das Anschlussrecht tritt dagegen schon mit Erlass des Arrestbefehls und nicht, wie Reichel, Art 281, N. 1 annimmt, erst mit dem Arrestvollzug ein.

wegen auf der Pfändungsurkunde vorgemerkt (B 112, Al. 2; vergl. § 30, VI, Ziff. 1 hievor).[75])

Die Anschlusspfändung ist dabei eine provisorische, d. h. sie fällt dahin, wenn der Arrest nicht gemäss B 278 richtig prosequiert wird. Und zwar verlangt die Praxis, dass der Arrestgläubiger nach angehobener Betreibung das Fortsetzungsbegehren binnen zehn Tagen seit dem Momente stellt, in welchem er durch Ablauf der Zahlungsfrist oder durch Beseitigung des Rechtsvorschlages in Stand gesetzt wird, die Fortsetzung zu verlangen.[76])

3. Der Arrest schafft endlich ein gewisses Kostenprivileg, indem gemäss B 281, Al. 2 der Arrestgläubiger die aus dem Arreste herrührenden Kosten aus dem Erlöse der Arrestgegenstände vorwegnehmen kann. Dazu gehören die Kosten der Arrestbewilligung, des Arrestvollzuges und eines allfälligen vom Arrestgläubiger siegreich durchgeführten Arrestaufhebungsprozesses.[77]) Diesen Kosten gehen nur die Verwertungs- und Verteilungskosten vor, und das Privileg besteht, gleichviel ob die nachfolgende Exekution als Pfändung oder Konkurs durchgeführt wird.

VII. Die Prosequierung des Arrestes.

Um die Wirkungen des Arrestes gegenüber dem Schuldner nicht unnötig lang bestehen zu lassen, wird dem Arrestgläubiger durch B 278 die Anhebung und Fortsetzung der Betreibung für die Arrestforderung unter genauer Zeitbestimmung zur Pflicht gemacht.

1. Hinsichtlich der Anhebung der Betreibung unterscheidet B 278 drei Fälle:

[75]) Streitigkeiten über den Anschluss sind auf dem Beschwerdeweg zu erledigen; vergl. BE XXVI (1), 101, XXX (1), 92.

[76]) Vergl. Kreisschreiben der Schuldbetreibungskammer vom 1. November 1910 (abgedr. Sep. Ausg. XIII, S. 207); dazu BE XXXIII (1), 30, A XI, 53; a. M. A XI, 62 (Solothurn).

[77]) Dagegen nicht die Kosten der nachfolgenden Betreibung oder des ordentlichen Prozesses gemäss B 278, Al. 2; vergl. A XI, 23 (Bern). Nicht beigestimmt werden kann beim Schweigen des Gesetzes der in A IX, 103 geäusserten Ansicht, dass die Deckung der Arrestkosten zu verweigern sei, wenn der Arrest in ganz unnützer Weise erfolgte.

a. Wurde der Arrest im Verlauf eines hängigen Betreibungsverfahrens bewilligt, so ist die Anhebung einer neuen Betreibung nicht erforderlich, gleichgültig, ob die bisherige Betreibung am Arrestort gemäss B 52 oder anderswo hängig ist (arg. 278, Al. 1).[77a])

b. Hatte der Arrestgläubiger vor der Arrestbewilligung zwar nicht Betreibung angehoben, wohl aber seine Forderung gerichtlich eingeklagt, so ist er gehalten, binnen zehn Tagen nach Mitteilung des Urteils die Betreibung anzuheben (B 278, Al. 3).[78])

c. Hatte der Gläubiger nicht schon vor der Bewilligung des Arrestes Betreibung oder Klage angehoben, so ist er gehalten, binnen zehn Tagen nach der Zustellung der Arresturkunde die Betreibung anzuheben (B 278, Al. 1).[79]) Die zehntägige Frist gilt als eingehalten, wenn innerhalb derselben das Betreibungsbegehren gestellt wird.[80])

2. Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, so ist der Gläubiger gehalten, binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung Rechtsöffnung zu verlangen oder die Klage auf An-

[77a]) Nimmt aber der Gläubiger für die nämliche Forderung an einem andern Ort einen zweiten Arrest heraus, so entbindet ihn die am ersten Arrestort gemäss B 52 angehobene nicht von der Einleitung einer neuen Betreibung, da die erste der Natur der Sache nach nur der Exekution der am ersten Ort arrestierten Gegenstände dient.

[78]) Der Mitteilung des Urteils setzt Jaeger, Art. 278, N. 17 mit Recht einen Prozessvergleich oder eine gerichtliche Schuldanerkennung gleich.

[79]) Die Betreibung kann nur am Arrestort gemäss B 52 angehoben werden. Ebenso Reichel, Art. 278, N. 2; Jaeger, Art. 278, N. 6; A X, 98; ZBJV XXXV, 238. Gegen Anhebung der Betreibung an einem andern Ort ist Beschwerde zu führen; vergl. BE XXXII, 35. Die Anhebung einer Betreibung gemäss B 278, Al. 1 kann niemals durch Klageanhebung ersetzt werden; vergl. BE XXXIV (1), 129. Dagegen kann der Gläubiger, welcher einen Pfändungsverlustschein besitzt, statt eine neue Betreibung anzuheben, gleich das Pfändungsbegehren stellen, sofern die sechsmonatliche Frist gemäss B 149, Al. 3 noch nicht abgelaufen ist (vergl. § 37, IV, Ziff. 5, lit. d hievor). Ebenso Jaeger, Art. 278, N. 2; a. M. A III, 8 (Bundesrat).

[80]) Nicht erforderlich ist, dass innerhalb dieser Frist auch der Zahlungsbefehl zugestellt wird; vergl. BE XXX (1), 129.

erkennung seines Forderungsrechtes anzustellen. Wird der Kläger im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen, so hat er binnen zehn Tagen nach Mitteilung des Urteils die Klage einzuleiten (B 278, Al. 2).[81]) In der Wechselbetreibung macht B 186 Regel. Ist also hier der Rechtsvorschlag bewilligt worden, so hat der Gläubiger binnen zehn Tagen seit der Eröffnung des Bewilligungsentscheides die Wechselklage anzuheben (vergl. § 44, II, Ziff. 6, lit. a hievor).

Da es sich in jedem Falle um eine reine Zivilklage handelt, so ist dieselbe am ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten anzubringen.[82])

3. Hinsichtlich der Fortsetzung der Betreibung nach durchgeführtem Einleitungsverfahren sieht das Gesetz keine besondere Befristung vor. B 280 stellt einfach fest, dass, wenn der Schuldner nicht Recht vorgeschlagen hat, oder der Rechtsvorschlag beseitigt ist, die Betreibung je nach der Person des Schuldners auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses fortgesetzt wird. Die Fortsetzung kann also erfolgen, solange die Wirksamkeit des Zahlungsbefehls gemäss B 88, 159 dauert.[83]) Am Arrestort ist sie nur möglich, wenn sie auf Pfändung geht. Die Konkursandrohung

---

[81]) Da dies eine gewöhnliche Forderungsklage ist, hat der Richter dabei die Gültigkeit der Arrestlegung nicht zu überprüfen; vergl. BE XXXII (1), 35. Nicht Zivilklage, sondern das Verfahren gemäss B 265, Al. 3 ist einzuschlagen, wenn im Rechtsvorschlag lediglich der Besitz neuen Vermögens mit Rücksicht darauf bestritten wird, dass die in Betreibung gesetzte Forderung eine Verlustscheinforderung aus Konkurs darstellt; vergl. BE XXXIV (1), 32.

[82]) BE XXIV (1), 43 stellt aber dem Kanton frei, das Forum arresti als Gerichtsstand zu bezeichnen. Dies tut auch ZBJV XLIV, 487 (Bern) immerhin unter Vorbehalt der Gerichtsstandsgarantie in BV 59. Dieser Gerichtsstand könnte ferner niemals gegenüber einem in Frankreich domizilierten Franzosen Platz greifen (vergl. oben II, Ziff. 4).

[83]) Vergl. BE XXXV (1), 136. Dagegen sieht nun ein Kreisschreiben der Schuldbetreibungskammer vom 1. Nov. 1910 die Stellung des Pfändungsbegehrens binnen 10 Tagen vor, von dem Momente an zu rechnen, seitdem der Gläubiger dazu im Stande ist. Nichteinhaltung der Frist zieht Verlust der Rechte aus der provisor. Pfändung nach sich.

und Konkurseröffnung können nur da stattfinden, wo ordentlicherweise die Betreibung zu erfolgen hat (B 52; vergl. § 17, IV, Ziff. 6 hievor). Für die Fortsetzung der Betreibung greifen die gewöhnlichen Regeln Platz.[84])

4. Ein Erlöschen des Arrestes im Stadium seiner Prosequierung wird durch B 278, Al. 3 in folgenden Fällen vorgesehen:

a. Infolge Verwirkung. Der Arrest fällt nämlich dahin, wenn der Gläubiger die in B 278 für die Anhebung der Betreibung, des Rechtsöffnungsbegehrens oder der Klage bezeichneten Fristen nicht einhält. Die Betreibungsbehörden haben die Einhaltung dieser Fristen von Amtes wegen zu prüfen und bei konstatierter Versäumung die Aufrechterhaltung des Arrestes und seine Prosequierung zu verweigern.[85])

b. Der Arrest fällt auch dahin, wenn der Gläubiger die gemäss B 278 angehobene Klage oder Betreibung zurückzieht oder erlöschen lässt, d. h. wenn er nicht innerhalb der durch B 88, 159 vorgesehenen Fristen die Betreibung fortsetzt.

c. Endlich wird der Arrest hinfällig, wenn der Gläubiger mit seiner gemäss B 278, Al. 2 angehobenen Klage vom Gericht abgewiesen wird.[86])

---

[84]) Vergl. dazu Jaeger, Art. 280, N. 2. Immerhin kann die gemäss B 278 angehobene Pfändung andere Gegenstände als die arrestierten nur umfassen, sofern dieselben am Arrestort liegen; vergl. A VIII, 82, 84, XI, 106; a. M. A VIII, 113 (Bern). Ferner ist die Ausstellung eines Verlustscheines nicht möglich, da ja die Betreibung nicht das ganze Vermögen des Schuldners umfasst (vergl. § 37, Note 59 hievor). Eine Anschlusspfändung ist dagegen gestattet; vergl. A VIII, 130.

[85]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 278, N. 20; Reichel, Art. 278, N. 1; A III, 106; ZBJV XXXVIII, 63 (Bern).

[86]) Der Hinfall des Arrestes, gleichgültig aus welchem Grunde er erfolgt, tritt immer von Gesetzes wegen ein. Eine Heilung des Hinfalls ist ausgeschlossen, und der Arrestschuldner kann sofort, wenn nötig auf dem Beschwerdewege, Herausgabe allfällig beschlagnahmter Arrestgegenstände verlangen. Er haftet aber auch von diesem Momente an für die Aufbewahrungskosten; vergl. BE XXVIII (1), 90, XXX (1), 133; A VIII, 42, IX, 36.

Zweiter Unterabschnitt.

Die Anfechtungsklage.

§ 61.

Das System.[1])

I. Begriff und rechtliche Natur.[2])

Die Anfechtungsklage ist nach schweizerischem Recht ein Sicherungsmittel der Schuldbetreibung. Sie hat zum Zwecke, unter bestimmten Voraussetzungen gewisse Rechtshandlungen des Schuldners, wodurch derselbe das Substrat einer gegen ihn gerichteten Betreibung geschmälert hat — wie sich B 285, Al. 1 ausdrückt — ungültig erklären zu lassen; jedoch nur in dem Sinne, dass die durch jene Rechtshandlungen entzogenen Vermögensbestandteile in die Vollstreckung einbezogen werden können (vergl. unten IV).

Das Ziel der Anfechtungsklage ist also immer ein betreibungsrechtliches. Die Anfechtung jener Rechtshand-

[1]) Lit.: Bonzanigo, L'azione Pauliana nel diritto federale svizzero; Repertorio di Giurisprudenza patria, XIII, p. 1. ss.; Brand, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach B, Diss. Bern, 1902; Reichel, Einige Fragen aus dem Gebiet der Anfechtungsklage, ZBJV. XXX, 608 ff.; Rossel, L'action révocatoire, Journal d. Trib. 1893, p. 285 ss. Niess, De l'actîon révocatoire en droit comparé et en droit fédéral, Diss. Lausanne 1892; Rolaz, De l'action révocatoire en droit suisse, Diss. Lausanne 1902; Koenig, Die Anfechtungsklage und die Lebensversicherungsverträge zu Gunsten Dritter, ZBJV XLII. 113 ff. Für das deutsche Recht vergl. Cosack, Das Anfechtungsrecht des Gläubigers eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, 1884; Jäger, Die Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkurses, 1905; Kohler, Lehrbuch, S. 192 ff.; Hellmann, Lehrbuch, S. 297 ff Für das österreichische Recht vergl. Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht, 1886; Krasnopolski, Gleicher Titel, 1889; Rintelen, Oesterreichisches Konkursrecht, S. 191 ff, sowie die dort zit. Autoren.

[2]) Die Anfechtungsklage wird — in Anlehnung an das ähnliche Institut der actio pauliana im römischen Recht — auch als paulianische Klage oder kurzweg als Pauliana bezeichnet. Ueber die historische Entwicklung des Instituts vergl. Brand, S. 1 ff.

lungen ist niemals Selbstzweck; sie erfolgt lediglich im Hinblick auf eine bestimmte Schuldbetreibung.[3])

Dies ist auch für die rechtliche Natur der Anfechtungsklage ausschlaggebend. Die letztere kann nach dem Gesagten keine zivilrechtliche, sondern nur eine betreibungsrechtliche Klage darstellen. Sie bezweckt die Entscheidung der Frage, ob die durch eine bestimmte Rechtshandlung des Schuldners einem Dritten zugewendeten Vermögensbestandteile als Exekutionssubstrat in Anspruch genommen werden dürfen oder nicht. Da aber einerseits bei der Beurteilung dieser Frage auch auf gewisse materiellrechtliche Verhältnisse, wie z. B. die Natur der Rechtshandlung, die Unentgeltlichkeit etc., abgestellt werden muss und anderseits in den meisten Fällen bei Zuspruch der Klage und

---

[3]) Allerdings sieht auch das Zivilrecht für bestimmte Fälle ein Anfechtungsrecht der Gläubiger, bezw. der Konkursmasse gegenüber bestimmten Rechtshandlungen des Schuldners vor. Aber entweder handelt es sich dabei um einen ausdrücklich als solchen bezeichneten Vorbehalt der Anfechtungsklage gemäss B 285 ff., (so in ZGB 205, Al. 3, Versicherungsvertragsgesetz, Art. 82), oder dann sind wenigstens die subjektiven Voraussetzungen der betreffenden Anfechtung den betreibungsrechtlichen Vorschriften entsprechend geregelt (ZGB 524: Anfechtung einer Weigerung des Erben, die erfolgte Ueberschreitung des verfügbaren Teils durch den Erblasser oder eine Enterbung anzufechten. ZGB 578: Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft durch den überschuldeten Erben). Die schweizerische Gesetzgebung kennt demnach keinen andern Anfechtungsanspruch im betreibungsrechtlichen Sinn, als den durch B 285 ff. vorgesehenen. Auch das kantonale Recht kann — wie sich dies aus OR 889 ergibt — kein von dem in B 285 ff. verschiedenes Anfechtungsrecht der Gläubiger vorsehen. Ebenso Jaeger, Art. 285, N. 1; Reichel, Art. 285, N. 6; Brand, S. 63 ff.; BE XXXIV (1), 109; ZBJV XXXIV, 221 (Bern); a. M. Brüstlein in A IV, 9. Umgekehrt kann aber natürlich nicht jede Bestimmung des Privatrechtes, worin von der Anfechtung eines Rechtsgeschäftes die Rede ist, unter den Begriff der Anfechtungsklage im betreibungsrechtlichen Sinn subsumiert werden. Ausschlaggebend ist vielmehr immer, ob die Anfechtung zu Gunsten der Gläubiger oder der Konkursmasse behufs Vermehrung des Exekutionssubstrates erfolgt oder nicht. Keine Anfechtung im betreibungsrechtlichen Sinn ist deshalb die in OR 202, ZGB 75, 82, 479, 494, 638, 969, 976 etc. vorgesehene. Ebenso Jaeger, Art. 285, N. 1.

der dadurch ermöglichten betreibungsrechtlichen Verwertung des vermögensrechtlichen Substrates einer Rechtshandlung auch der praktische Effekt der letztern vereitelt wird, so rechnen wir die Anfechtungsklage zu den betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse (vergl. § 10, II, Ziff. 3. hievor).[4])

Aus der rechtlichen Natur der Anfechtungsklage ergeben sich zwei praktische Schlussfolgerungen:

1. Der Streitwert der Anfechtungsklage bemisst sich nach dem betreibungsrechtlichen Interesse, welches der Kläger an der Ungültigerklärung der anfechtbaren Rechtshandlung gemäss B 285 besitzt. Ist daher die Zwangsvollstreckung, mit Bezug auf welche die Anfechtungsklage angestellt wird, der Konkurs (B 285, Ziff. 2), so ist der Streitwert der Anfechtungsklage immer gleich dem vollen Wert des durch die anfechtbare Rechtshandlung veräusserten Vermögensbestandteils, indem hier ja sämtliches exekutionsfähiges Vermögen des Schuldners liquidiert werden muss. Wird dagegen die Anfechtungsklage durch einen pfändenden Gläubiger gestützt auf erhaltenen Verlustschein (B 285, Ziff. 1) angestellt, so ist der Streitwert gleich dem zahlenmässigen Umfange, in welchem der durch die anfechtbare Handlung veräusserte Vermögensbestandteil zur Befriedigung des Gläubigers in Anspruch genommen werden muss. Ist also der Wert dieses Bestandteils kleiner als die in Betreibung gesetzte Forderung des Klägers, so bildet

---

[4]) Dem Sinne nach gleich BE XXIV (2), 108. XXVI (2) 29, XXVII (2), 34, XXIX (2), 87, wo hervorgehoben wird, dass die Klage die Uebergabe der durch eine anfechtbare Handlung erlangten Vermögensbestandteile zu regelrechter Durchführung der Zwangsvollstreckung erwirken wolle. In der Theorie wird die Natur der Klage regelmässig ziemlich einseitig vom zivilistischen Standpunkt aus untersucht, indem man darüber streitet, ob es sich um einen persönlichen oder dinglichen Anspruch, eine obligatio ex lege oder einen Deliktanspruch handle; vergl. Jaeger, Art. 285, N. 1; Reichel, Art. 285, N. 1; Bonzanigo, Repertorio, XIII, p. 2, 53; Brand, S. 219 ff., Jäger, Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkurses, § 1, Anm. 8 ff. und die dort zit. übrige ausländische Literatur.

er, ist er aber grösser, so bildet der Betrag jener Forderung den Streitwert.[5])

2. Als Gerichtsstand der Anfechtungsklage kann ihrer juristischen Natur nach logischerweise nur derjenige des Betreibungsortes, bezw. der Konkurseröffnung in Betracht kommen. Doktrin und Praxis haben aber von jeher den ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten als massgebend bezeichnet, entsprechend ihrer Annahme, dass die Anfechtungsklage eine persönliche Klage sei.[6])

Die zivilrechtliche Berufung an das Bundesgericht ist unter den in OG 56 ff. statuierten Voraussetzungen gegeben.[7])

II. Die Klagelegitimation.

Die Legitimation im Anfechtungsprozess wird durch das Gesetz, sowohl nach der aktiven als auch nach der passiven Seite hin genau und abschliessend geregelt.

1. Die Aktivlegitimation wird in B 285, Al. 2 verschieden normiert, je nachdem es sich um eine Anfechtung im Konkurs oder ausserhalb des Konkurses handelt, d. h. je nachdem das Substrat der anfechtbaren Handlung, bestehend in den vom Schuldner veräusserten Vermögensbestandteilen, in eine Konkursmasse oder in eine Pfändung hätte fallen sollen.

a. Handelt es sich um eine Anfechtungsklage im Konkurs, so gehört gemäss B 200 alles, was Gegenstand der Anfechtungsklage ist, zum Konkurssubstrat und muss daher wie die übrigen Bestandteile des letztern durch

---

[5]) In diesem Sinne auch BE XXVII (2), 34. XXX (2). 82. XXXII (2), 72; A VII, 105. Im erstgenannten Urteil wird auch die frühere Judikatur des Bundesgerichtes angeführt, welche nicht immer eine gleichmässige war. Genau gleich wie oben im Text ZBJV XL, 332 (Bern). Ebenso im Prinzip Jaeger, Art. 289, N. 1 und wohl auch Reichel, Art. 285, N. 11, sowie Brand, S. 284 ff.

[6]) Vergl. BE XXIV (2), 108; Brand, S. 283. Der letztere will aber bei der von ihm sogenannten Deliktspauliana gemäss B 288 die Klage auch am forum delicti commissi anbringen lassen. In diesem Sinne auch BE XXXV (1), 88. Vergl. § 42, IV, Ziff. 2 hievor.

[7]) Vergl. die oben in Noten 4 und 5 zit. Judikatur. Ebenso Reichel, Art. 285, N. 12.

die Konkursverwaltung realisiert werden (vergl. § 47, III, Ziff. 2 hievor). Infolgedessen wird durch B 285, Ziff. 1, in erster Linie die Konkursverwaltung als aktiv legitimiert bezeichnet. Eine derjenigen der Konkursverwaltung parallel laufende Legitimation des Konkursgläubigers als solchen ist auch dann nicht vorhanden, wenn der letztere vor der Konkurseröffnung — durch Besitz eines Verlustscheines — selbst zur Klageerhebung berechtigt gewesen wäre.[8])

Verzichtet dagegen die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung der Anfechtungsklage, so ist gemäss B 260, Al. 1 jeder Konkursgläubiger befugt, Abtretung des Anspruches zu verlangen (vergl. § 56, IV hievor) und wird durch dieselbe gemäss B 285, Ziff. 2 selbständig zur Klageerhebung legitimiert.[9]) Ein allfälliger Prozessgewinn ist gemäss der in B 260, Al. 2 enthaltenen Vorschrift zu verwenden.

Wird endlich der Anfechtungsanspruch erst nach Schluss des Konkursverfahrens entdeckt,[10]) so ist gemäss

[8]) Ebenso BE XXXIII, 229, XXVIII (1), 16; unrichtig dagegen ist mit Rücksicht auf die klare Vorschrift in B 200 die in BE XXXIV (2), 13 vertretene Ansicht, dass ein durch den Gläubiger vor der Konkurseröffnung erworbener und auch bereits erhobener Anfechtungsanspruch nicht untergehe, bezw. in die Masse falle. Eine selbständige Klagelegitimation des Konkursgläubigers ist nur dann anzunehmen, wenn es sich um die Anfechtung einer im Kollokationsplan aufgenommenen Forderung mit der Klage gemäss B 250 aus den in B 286 ff. aufgezählten Gründen handelt (vergl. § 55, III, Ziff. 2, lit. b hievor). Umgekehrt aber darf nicht etwa eine versäumte Kollokationsklage gemäss B 250 gegen eine Konkursforderung durch eine nachträgliche Anfechtungsklage ersetzt werden. Ebenso B XXX (2), 102; SchwJZ V, 231 (Bern).

[9]) Da der Anfechtungsanspruch ein betreibungsrechtlicher und nicht ein zivilrechtlicher ist, so kann ihn die Konkursverwaltung nur durch Klageanhebung oder Abtretung gemäss B 260, nicht etwa durch Versteigerung realisieren; vergl. BE XXXIII (1), 37.

[10]) War der Anspruch schon während des Konkursverfahrens der Konkursverwaltung bekannt, ohne dass er geltend gemacht oder gemäss B 260 abgetreten wurde, so ist dies als Verzicht auf die Anfechtung auszulegen. Die letztere kann daher nach Schluss des Konkursverfahrens von keiner Seite mehr erfolgen; ebenso BE XXIII, 229, **Jaeger**, Art. 285, N. 3.

B 269, Al. 3 zu verfahren (vergl § 58, II hievor.) Verzichtet dabei die Gesamtheit der Gläubiger nach erfolgter Kenntnisgabe von dem neu entdeckten Anfechtungsanspruch auf dessen Geltendmachung, so kann jeder einzelne Konkursgläubiger gemäss B 260 die Abtretung des Anspruches verlangen, wodurch er selbständig die Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage erwirbt (B 285, Ziff. 2).

b. Zur Anfechtungsklage ausserhalb des Konkurses ist gemäss B 285, Ziff. 1 jeder Gläubiger legitimiert, welcher einen provisorischen oder endgültigen Verlustschein erhalten hat.

Notwendig ist also in erster Linie der Besitz eines Verlustscheines. Durch ihn wird nämlich der Beweis erbracht, dass das Vermögen des Schuldners zur betreibungsrechtlichen Befriedigung des klagenden Gläubigers nicht genügt hat, dass also durch die anfechtbare Rechtshandlung das Exekutionssubstrat tatsächlich verkürzt wurde. Dabei ist aber in B 285, Ziff. 1 das Legitimationserfordernis des Verlustscheines als ein rein formelles aufgefasst. Er kann daher nicht durch einen anderweitigen Beweis der Vermögensinsuffizienz des Schuldners — z. B. eine ausländische Verlusturkunde — ersetzt werden.[11]) Immerhin wird ein Gläubiger, welcher vor dem 1. Januar 1892 in einem Konkurse oder bei einer Pfändung zu Verlust gekommen und nach Massgabe des kantonalen Rechts noch forderungsberechtigt ist, dem Inhaber eines Verlustscheins rechtlich gleichgestellt (B 328).

Als Verlustschein im Sinne des Gesetzes kommen in Betracht der nach durchgeführter Betreibung auf Pfändung ausgestellte Verlustschein gemäss B 149 mit Inbegriff der leeren Pfändungsurkunde gemäss B 115, Al. 1, sowie der provisorische Verlustschein, bestehend in der Pfändungs-

---

[11]) Ebenso BE XXVI (2), 61. XXXIII (2), 47, Jaeger, Art. 285, N. 3. Die gleiche Voraussetzung der Legitimation sieht ZGB 524 zur Anfechtung einer Unterlassung der Herabsetzungsklage seitens des Erben vor, während in ZGB 578 für die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung lediglich der Nachweis einer Überschuldung des Erben ohne formelle Requisite gefordert wird.

urkunde über eine zur Deckung des pfändenden Gläubigers nach Schätzung des Beamten nicht ausreichende Pfändung (B 115, Al. 2; vergl. § 37, IV hievor).[12] Der Konkursverlustschein gemäss B 265 genügt dagegen nicht, indem die Anfechtung im Konkurs eben nur seitens der Konkursverwaltung oder eines gemäss B 260, 269 legitimierten Konkursgläubigers geltend gemacht werden kann. Dies geht auch äusserlich aus der Fassung in B 285, Ziff. 1 hervor, wo von einem provisorischen oder endgültigen Verlustschein gesprochen wird, welche Unterscheidung nur auf den Pfändungsverlustschein Bezug haben kann.[13]

Zur Aktivlegitimation verlangt B 285, Ziff. 1 weiter, dass der Anfechtungskläger ein Gläubiger des Anfechtungsschuldners sei, da ihm sonst ein betreibungsrechtliches Interesse an der Anfechtung jener Rechtshandlung abgeht. Dabei ist jedoch gleichgültig, ob seine Forderung vor oder nach der anfechtbaren Rechtshandlung entstanden ist.[14] Es kommt eben einzig darauf an, dass die Exekution für jene Forderung durch die anfechtbare Handlung effektiv beeinträchtigt, d. h. in ihrem Substrat verkürzt wurde. Dagegen ist notwendig, dass es sich um diejenige Forderung handelt, für welche der Verlustschein ausgestellt wurde, da nur mit Bezug auf sie ein Ausfall im Exekutionssubstrat tatsächlich stattgefunden hat.[15]

---

[12]) Ein Pfandausfallschein genügt nicht, da er den Beweis einer Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens als ganzes nicht erbringt (vergl. § 59, III, Ziff. 4, lit. c hievor).

[13]) Ebenso Brand, S. 70 und Leemann, Der schweizerische Verlustschein, S. 82.

[14]) Ebenso BE XXIII, 36, XXVI (2), 61; Jaeger, Art. 285, N. 3; Reichel, Art. 285, N. 9; Brand, S. 228; Leemann, a. a. O., S. 42. Nur unter gewissen Vorbehalten stimmt dieser Ansicht bei Brüstlein in der Anmerkung zu A V, 58. A. M. Martin, p. 329 ss.

[15]) Vergl. BE XXVI (2), 61. Nur in diesem Sinn kann mit Bonzanigo, Repertorio XIII. p. 101, von einem Kausalzusammenhang zwischen der anzufechtenden Rechtshandlung und der Insolvenz des Schuldners, oder mit Brand, S. 128 von einem Kausalnexus zwischen der Rechtshandlung des Schuldners und dem Nachteil des Gläubigers gesprochen werden.

c. Das Fehlen der sub lit. a und b erwähnten Voraussetzungen der Aktivlegitimation kann der Anfechtungsbeklagte durch Einrede geltend machen. Gegenüber der Anfechtungsklage im Konkurs werden sich freilich diese Einreden meistens auf die aus B 260 hervorgehenden beschränken (vergl. § 56, IV, Ziff. 4 hievor).[16]) Klagt dagegen ein Gläubiger gestützt auf einen Verlustschein gemäss B 285, Ziff. 1, so kann seine Stellung als Verlustscheingläubiger bestritten werden mit dem Einwand, dass entweder der Verlustschein — z. B. wegen eines inzwischen erfüllten Nachlassvertrages — nicht mehr zu Recht bestehe,[17]) oder dass die behauptete Forderung als solche nicht gültig zustande gekommen, bezw. wieder untergegangen sei,[18]) oder endlich, dass sich die Forderung nicht auf den vorgelegten Verlustschein gründe und mithin keine Verlustscheinforderung im Sinne des Gesetzes darstelle.[19])

2. Für die Passivlegitimation fallen gemäss B 290 drei Kategorien von Personen in Betracht:

a. Die Personen, welche mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen

---

[16]) Streitig ist, ob die Anweisung der durch eine anfechtbare Rechtshandlung entstandenen Forderung im Kollokationsplan die Anfechtungsklage im Konkurs ausschliessen kann. Für Verneinung BE XXIX (2), 23; dagegen BE XXX (2), 102 und SchwJZ V, 231 (Bern).

[17]) Vergl. BE XXII, 36, XXVI (2), 61.

[18]) Ebenso Jaeger, Art. 285, N. 3; Reichel, Art. 285, N. 9, sowie in ZBJV XXX, 619 ff.; Brand, S. 107; Bonzanigo, Repertorio XIII, p. 148; BE XXII, 36, XXVI (2), 61. Jaeger, Art. 285, N. 3 und BE XXVI (2), 39 weisen richtig darauf hin, dass sich der Beklagte diese Einrede auch dadurch verschaffen kann, dass er den Kläger für seine Verlustscheinforderung befriedigt. Dagegen ergibt sie sich nicht daraus, dass der Schuldner seinerseits neues Vermögen erworben hat, aus dem sich der Kläger für seine Verlustscheinforderung decken könnte. Nicht bestimmt Brand, S. 73 ff., der, von der richtigen Ansicht ausgehend, doch den Beweis der Vermögenszulänglichkeit zuzulassen scheint, wofür sich aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt ergibt.

[19]) Dieser Einwand steht dem Beklagten gegenüber einem Zessionar des Verlustscheingläubigers zu, nicht aber gegenüber einem Erben; vergl. ZBJV XXXVII, 98 (Bern).

haben oder von ihm in anfechtbarer Weise befriedigt worden sind. Eine Solidarhaftung zwischen mehreren Beteiligten besteht mangels gesetzlicher Vorschrift regelmässig nicht.[20]) Durch Weitergabe des erhaltenen Vermögensbestandteils geht die Legitimation nicht unter.[21])

b. Den an der anfechtbaren Rechtshandlung direkt Beteiligten sind ihre Erben schlechtweg gleichgestellt.

c. Als passiv legitimiert werden endlich auch bösgläubige Dritte genannt. Darunter sind in erster Linie Singularsukzessoren zu verstehen, welche von direkt Beteiligten den durch eine anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners veräusserten Vermögensbestandteil übernommen haben, trotzdem sie wussten oder wissen konnten, dass jene Rechtshandlung eine anfechtbare war.[22]) Ferner aber können als bösgläubig auch andere dritte Personen in Betracht kommen, welche bewusster Weise aus der anfechtbaren Handlung Vorteil zogen, z. B. Bürgen, die eine anfechtbare Zahlung des Schuldners an den Gläubiger veranlassten, um selber frei zu werden.[23]) Die Rechte gutgläubiger Dritter werden nach der ausdrücklichen Vorschrift in B 290 durch die Anfechtungsklage nicht berührt.

---

[20]) Ebenso Brand, S. 241 ff. Ueber die Passivlegitimation bei Anfechtung eines Lebensversicherungsvertrages zu Gunsten Dritter vergl. Koenig, a. a. O., ZBJV XLII, 116 ff. Er kommt zum Schluss, dass die Klage mit praktischem Erfolg nur gegen den Begünstigten gerichtet werden kann. Ebenso Brühlmann, Die Stellung des Begünstigten im Lebensversicherungsvertrag nach dem neuen schweiz. Recht; ZschwR, N. F., XXIX, S. 35 ff., speziell S. 95, sowie BE XXXIV (1), 44.

[21]) Vergl. ZBJV XXXVIII, 98 (Bern).

[22]) Ebenso gehören hieher die Übernehmer des Geschäftes eines Begünstigten in Aktiven und Passiven; vergl. BE XXIX (2), 88. Hinsichtlich der Definition des bösen Glaubens wie oben auch Jaeger, Art. 290, N. 3; Reichel, Art. 290, N. 4; Martin, p. 350; Brand, S. 246 ff., sowie die dort zit. Autoren.

[23]) Vergl. BE XXV (2), 25, XXXIII (2), 49, 99, XXXIV (2), 95. Brand, S. 245 ff. und Jaeger, Art. 290, N. 3 scheinen unter den bösgläubigen Dritten nur Singularsukzessoren zu verstehen.

III. Das Verfahren.

Die Geltendmachung eines Anfechtungsanspruches kann der Natur der Sache nach nur im Prozessweg erfolgen.[24])

1. Als Art der Geltendmachung sieht das Gesetz ausdrücklich nur den Klageweg vor. Es steht aber auch einer einredeweisen Geltendmachung nichts entgegen. Da jedoch der Anfechtungsanspruch ein betreibungsrechtlicher ist, so kann er einredeweise auch nur einer betreibungsrechtlichen Klage entgegengehalten werden. Als solche kommen einzig in Betracht die Widerspruchsklage gemäss B 107, 109, 242 (vergl. § 32, III, und § 54, III, Ziff. 2 hievor), die Kollokationsklage gemäss B 148, 250 (vergl. § 37, III, Ziff. 6 und § 55, III, Ziff. 2 hievor), sowie endlich die Klage auf Aufrechterhaltung der privilegierten Anschlusspfändung gemäss B 111 (vergl. § 33, III, Ziff. 5 hievor).[25]) Die prozessuale Lage des durch Einrede Anfechtenden kann aber dabei nicht besser sein, als diejenige eines Anfechtungsklägers. Seine Einrede wird deshalb nur dann gehört, wenn die Erfordernisse der Aktiv- und Passivlegitimation, wie sie in B 285 und 290 geregelt werden, vorliegen. Der Exzipient muss also — falls es sich nicht um die Konkursverwaltung oder einen gemäss B 260, 269 legitimierten Konkursgläubiger handelt, — einen Verlustschein besitzen, während der Kläger, welchem die Einrede entgegengehalten werden kann, der durch die anfechtbare Rechtshandlung direkt Begünstigte, sein Erbe oder ein bösgläubiger Dritter sein muss.[26])

2. Das Prozessverfahren wird im Gesetz nicht besonders geregelt. Die Anfechtungsklage ist daher regel-

[24]) Nicht klar Brand, S. 277 ff., welcher auch die Möglichkeit einer aussergerichtlichen Geltendmachung ins Auge zu fassen scheint.

[25]) Vergl. BE XIX, 93, XXXI (2), 50; Jaeger, Art. 285, N. 2.

[26]) Ebenso Jaeger, Art. 285, N. 2; Reichel, Art. 285, N. 10, sowie in ZBJV XXX, S. 621 ff., wo aber Bedenken gegen die Zweckmässigkeit dieses Erfordernisses geäussert werden. Wie oben ferner Brand, S. 280 ff.; dagegen Rossel, a. a. O., Journ. d. Trib., 1895, p. 292 ss.

mässig im Wege des gewöhnlichen Zivilprozesses geltend zu machen; jedoch kann das kantonale Recht dafür auch das beschleunigte Verfahren vorsehen (vergl. § 11, II, Ziff. 2 hievor).

Hinsichtlich des Streitwertes und des Gerichtsstandes vergl. oben I, Ziff. 1 und 2.

3. Die einzige Frage prozessualen Inhaltes, welche der Bundesgesetzgeber regelt, ist das Prinzip der freien Beweiswürdigung, das in B 289 durch die Vorschrift statuiert wird, dass der Richter bei Anwendung der Art. 286 bis 288 unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen urteilt.

Wie die Doktrin einstimmig annimmt, ist der Wortlaut der Vorschrift in B 289 insofern zu eng gefasst, als sich, um dem Grundgedanken des Gesetzes gerecht zu werden, die freie Beweiswürdigung des Richters nicht nur auf die durch B 286 bis 288 vorgesehenen anfechtbaren Tatbestände beschränken kann, sondern auch auf die übrigen für die Anfechtungsklage relevanten Tatsachen — z. B. hinsichtlich der Aktiv- und Passivlegitimation — ausgedehnt werden muss.[27])

Das Wesen der freien Beweiswürdigung besteht vor allem darin, dass der Richter den Beweiswert der von den Parteien angerufenen Beweismittel nach freiem Ermessen beurteilt. Er kann zwar keine andern, als die vom kantonalen Prozessrecht vorgesehenen Beweismittel zulassen oder fordern, wie er sich auch an die kantonalrechtlichen Regeln über das Beweisverfahren zu halten hat.[28]) Dagegen ist er nicht an die formellen Normen gebunden, welche der kan-

---

[27]) In diesem Sinne auch Reichel, Art. 289, N. 2; Jaeger, Art. 289, N. 1; Brand, S. 287 ff.

[28]) Auch wird durch B 289 an der Verteilung der Beweislast nichts geändert; vergl. BE XXXIII (2), 100 und dazu Brand, S 291 ff. Ebenso ist in Berufungssachen das Bundesgericht gemäss OG 81 an die durch das kantonale Gericht getroffene Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse gebunden, sofern keine Aktenwidrigkeit vorliegt, wogegen es natürlich die aus diesen Tatsachen zu ziehenden rechtlichen Schlüsse frei würdigt; vergl. BE XXV (2), 60, XXVI (2), 78, XXVII (2), 32, XXVIII (2), 17.

tonale Gesetzgeber über den Beweiswert einzelner Beweismittel, sowie über die ihnen gegenüber zulässigen Gegenbeweise aufstellt. Die in einzelnen Prozessgesetzen vorgesehenen Erfordernisse der zwei klassischen Zeugen oder des Urkundenbeweises in gewissen Fällen, Vorschriften über die Beweiskraft bestimmter Urkunden, sowie über Sachverständigengutachten kommen hier also nicht in Betracht.[29]) Die freie Beweiswürdigung schliesst aber ferner in sich, dass der Richter nach freiem Ermessen die Bedeutung bestimmt, welche den bewiesenen Tatsachen für die Entscheidung der zu beurteilenden Rechtsfragen zukommt.[30])

IV. Die Wirkungen der Anfechtungsklage.

Der rechtlichen Natur des ganzen Institutes entsprechend sind auch die Wirkungen der Anfechtungsklage ausschliesslich betreibungsrechtliche.

1. Die Anhebung der Anfechtungsklage übt keinen Einfluss auf die rechtliche Stellung der durch anfechtbare Handlung veräusserten Vermögensbestandteile aus. Der Erwerber kann frei darüber verfügen, da nicht sie, sondern die Anfechtbarkeit der Veräusserungshandlung

---

[29]) Ebenso Jaeger, Art. 289, N. 1; Reichel, Art. 289, N. 1; Martin, p. 347; Brand, S. 289 ff.; BE XIX, 37, XXV (2), 60. Eine Ausnahme von der oben festgestellten Regel ist für den Parteieid oder zugeschobenen Eid zu machen, welcher auch im Anfechtungsprozess formelle Wahrheit schafft. Ebenso Reichel, Art. 289, N. 1; a. M. Brand, S. 289; unentschieden Jaeger, Art. 289, N. 1. Betreffend den Ergänzungseid vergl unten Note 30.

[30]) Dagegen darf aus der Vorschrift in B 289 nicht der Schluss gezogen werden, dass dadurch der Richter eine diskretionäre Gewalt auf Zusprechung oder Abweisung der Klage unabhängig von der geschehenen Beweisführung erhalte, wie dies Bonzanigo, Repertorio, XIII, p. 98, 208 anzunehmen scheint. Vergl. die Widerlegung bei Brand, S. 285 ff., sowie BE XXIV (2), 108, XXIX (2), 97. Umgekehrt aber darf der Richter auch nicht sein freies Ermessen aufgeben durch Auferlegung eines Ergänzungseides (Erfüllungs- oder Reinigungseides), wodurch die Art des Urteils von der Ablegung oder Nichtablegung des Eides seitens einer Partei abhängig gemacht wird. Ebenso Jaeger, Art. 289, N. 1; Brand, S. 290; unentschieden BE XXVI (2), 60.

den Streitgegenstand bildet.[31]) Das im Anfechtungsprozess gefällte Urteil wirkt aber auch gegenüber dem neuen Erwerber, sofern derselbe als bösgläubiger Dritter gemäss B 290 anzusehen ist (vergl. oben II, Ziff. 2, lit. c).

2. Die Wirkung des Klagezuspruchs äussert sich in gewissen Verpflichtungen des unterlegenen Anfechtungsbeklagten, welchen aber auch bestimmte Gegenansprüche des letztern entsprechen.

a. Zur Regelung der Verpflichtungen des unterlegenen Anfechtungsbeklagten kommt zunächst B 285, Al. 1 in Betracht, welcher als Zweck der Anfechtungsklage statuiert, «die in B 286—288 erwähnten Rechtshandlungen ungültig erklären zu lassen.»[32]) Von einer zivilrechtlichen Ungültigkeit der anfechtbaren Rechtshandlung — wie sie dem Wortlaut in B 285, Al. 1 entspräche — kann aber der Natur der Sache nach nicht die Rede sein. Sie ginge über das betreibungsrechtliche Ziel der Anfechtungsklage hinaus, indem sie für alle an der Rechtshandlung zivilrechtlich Beteiligten, also auch für den Anfechtungsschuldner und Drittpersonen, den frühern Zustand wiederherstellen und die durch die Rechtshandlung aufgegebenen Rechte wieder aufleben liesse. Dies wäre ein ebenso unbegründeter wie zweckloser Eingriff in die Sphäre des privaten Vertragsrechtes. Man hat deshalb von einer relativen Nichtigkeit gesprochen, welche sich einzig zu Gunsten des Anfechtungsklägers geltend machen und ihm einen Anspruch auf Rückgabe der durch die anfechtbare Handlung veräusserten Vermögensbestandteile verschaffen soll.[33]) Aber auch in dieser abgeschwächten Form entspricht die sogenannte Ungültigkeitstheorie der betreibungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage und ihren praktischen Bedürfnissen nicht ganz. Der Anfechtungskläger hat kein Interesse daran,

[31]) Ebenso können diese Vermögensstücke gültig für einen andern Gläubiger gepfändet werden; vergl. BE XXIV (2), 108.

[32]) Ueber die Entstehungsgeschichte der Vorschrift in B 285, Al. 1 vergl. Brand, S. 368 ff.

[33]) Vergl. BE XXVI (2), 29; Reichel, Art. 291, N. 2; Martin, p. 351. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird bezweifelt von Jaeger, Art. 291, N. 2 und bekämpft von Brand, S. 254 ff.

dass die angefochtene Rechtshandlung als solche ungültig sei. Er verlangt vielmehr einzig, dass der durch jene Rechtshandlung veräusserte Vermögensbestandteil zum Zweck der betreibungsrechtlichen Verwertung zur Verfügung gestellt werde. Das Ziel der Anfechtungsklage ist daher — wie schon oben sub I ausgeführt wurde — die Rückleistung des veräusserten Vermögensbestandteils zum Zwecke seiner betreibungsrechtlichen Inanspruchsnahme.[34]) Die Stellung des verurteilten Anfechtungsbeklagten ist demnach ähnlich derjenigen des im Widerspruchsprozess gemäss B 109 verurteilten Inhabers einer zum Exekutionssubstrat gehörenden Sache. Er muss dulden, dass dieselbe für den siegreichen Kläger betreibungsrechtlich verwertet wird. Dagegen gehen die durch die anfechtbare Rechtshandlung veräusserten Vermögensstücke nicht etwa neuerdings auf den Schuldner über. Wird also später aus irgend einem Grund die betreibungsrechtliche Exekution nicht durchgeführt oder wird darin nicht das ganze vom Anfechtungsbeklagten zur Verfügung gestellte Vermögensstück verwertet, so hat der Schuldner keinen Anspruch auf das letztere. Dasselbe, bezw. ein daraus erzielter Verwertungserlös, muss vielmehr dem Anfechtungsbeklagten zurückerstattet werden.

In gleicher Weise kann sich die Wirkung des Anfechtungsurteils, welches von einem einzelnen Gläubiger gestützt auf einen Verlustschein gemäss B 285, Ziff. 1 herbeigeführt wurde, nur für den Kläger selbst äussern. Er kann die betreffenden Gegenstände für sich pfänden und verwerten lassen, wie wenn die anfechtbare Handlung nicht erfolgt wäre. Andere Gläubiger dagegen, welche sich am Anfechtungsprozess nicht beteiligten, haben auf diese Verwertungsgegenstände keinen Anspruch.[35]) Ging dagegen

[34]) Brand, S. 264 ff. und Jaeger, Art. 291, N. 2 bezeichnen den Anfechtungsanspruch als einen rein obligatorischen, welcher Ausdruck aber nach dem oben Gesagten nicht im rein zivilistischen Sinn aufgefasst werden darf.

[35]) Ebenso BE XXXV (2). 90. Auch die Anfechtungsbestimmungen in ZGB 524, Al. 1, 578, Al. 3 bringen diesen Gedanken zum Ausdruck

die Anfechtungsklage von der Konkursverwaltung oder einem gemäss B 260, 269 legitimierten Konkursgläubiger aus, so gehört der mit der Klage erstrittene Gegenstand gemäss an Stelle des konsumierten Anfechtungsanspruches zum Konkurssubstrat.[36])

Hinsichtlich des Umfanges, in welchem der durch die anfechtbare Rechtshandlung veräusserte Vermögensbestandteil für die Zwangsvollstreckung zur Verfügung gestellt werden muss, statuiert B 291, Al. 1 den allgemeinen Grundsatz, dass, wer durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erworben hat, zur Rückgabe desselben verpflichtet ist.[37])

Handelt es sich daher um den Erwerb körperlicher Sachen, so sind sie in demjenigen Wertumfang der Exekution zur Verfügung zu stellen, in welchem sie der Anfechtungsbeklagte vom Schuldner übernahm. Eine Wertvermehrung, sowie die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte oder gar ein Verzugszins kommen nicht in Betracht, da mit Bezug hierauf nicht von einer «Rückgabe» gemäss B 291, Al. 1 gesprochen werden kann.[38]) Hat

[36]) Ebenso Brand, S. 262, 266, welcher richtig feststellt, dass der unterlegene Anfechtungsbeklagte nach wie vor Eigentümer der Sache bleibe; vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 261; Cosack, a. a. O., S. 265; ZBJV XL, 458 (Bern). Jaeger, Art. 291, N. 2, dagegen nimmt eine Rückübertragung des Eigentums, bezw. des veräusserten Rechtes an die Konkursmasse an.

[37]) Eine Solidarhaftung mehrerer Anfechtungsbeklagter statuiert das Gesetz nicht. Sie entsteht daher nur dann, wenn sie in dem von der Anfechtungsklage berührten Rechtsverhältnis selbst begründet war; vergl. BE XXXIII (2), 99, XXXIV (1), 41.

[38]) Ebenso Brand, S. 272 ff. und Martin, S. 359; a. M. Jaeger, Art. 291, N. 2; Reichel, Art. 291, N. 2. Der Anfechtungsbeklagte kann also verlangen, das ihm die Wertvermehrung, bezw. der ihr entsprechende Teil des Verwertungserlöses zurückerstattet werde. Fiel die Sache in die Konkursmasse, so steht dem Beklagten gegen die letztere ein Forderungsrecht zu, welches als Masseverbindlichkeit zu behandeln ist; wurde sie für einen einzelnen Gläubiger gepfändet, so steht dem Anfechtungsbeklagten der Weg des Widerspruchverfahrens gemäss B 106 offen. Handelt es sich um die Anfechtung eines Versicherungsvertrages zu Gunsten Dritter, so kann nur Erstattung des Rückkaufswertes, nicht der ganzen Versicherungs-

der Schuldner durch die anfechtbare Rechtshandlung Rechte aufgegeben, so leben dieselben mit dem Zuspruch der Anfechtungsklage, soweit zur Exekution erforderlich, wieder auf. Im einen wie im andern Fall muss der unterlegene Anfechtungsbeklagte das betreffende Objekt in geeigneter Weise den Betreibungsorganen zur Exekution zur Verfügung stellen. Das Urteil dient als exequierbarer Titel zur Erzwingung dieser Leistung.

Ist aber der unterlegene Anfechtungsbeklagte zu dieser Leistung nicht im Stande, weil die Sache nicht mehr oder nicht mehr vollständig existiert, oder nicht mehr in seinem Vermögen ist, so wandelt sich seine Pflicht zur Rückgabe in eine solche auf Schadenersatz um. Doktrin und Praxis stellen zur Bestimmung derselben auf OR 110 und 145 Al. 1 ab. Kann also die Erfüllung der Rückgabeverbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Verurteilte Schadenersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Soweit ferner durch Umstände, welche der Verurteilte nicht zu verantworten hat, die Leistung unmöglich geworden ist, gilt seine Verpflichtung als erloschen.[39]) Die Schadensersatzforderung, bezw. -Leistung, tritt als Exekutionssubstrat an Stelle des nicht restituierten Vermögensbestandteils.[40])

In gleicher Weise wie gegen den Anfechtungsbeklagten macht sich die Rückgabeverpflichtung auch gegenüber seiner Konkursmasse geltend. Finden sich in derselben die anfechtbar erworbenen Vermögensstücke in Natura vor, so sind sie behufs Exekution zu Gunsten des siegreichen Anfechtungsklägers herauszugeben. Ist dies nicht möglich,

---

summe eingeklagt werden, da die letztere nicht aus dem Vermögen des Schuldners stammt. Ebenso Koenig, a. a. O. ZBJV XLII, 124; a. M. für gewisse Fälle Brühlmann, a. a. O. ZschwR, N.F., XXXIX, 97 f.

[39]) In diesem Sinne auch BE XXX (2), 73; ZBJV XL, 458 (Bern), Jaeger, Art. 290, N. 2, Brand, S. 274.

[40]) Brand, S. 274 will sie — im Widerspruch zu seinen eigenen prinzipiellen Ausführungen — direkt an den Anfechtungskläger übergehen lassen; ebenso SchwJZ II, 149 (Luzern).

so tritt an ihre Stelle der Schadensersatzanspruch, welcher als Konkursforderung geltend zu machen ist.[41])

Eine Ausnahme von der soeben umschriebenen rechtlichen Stellung des unterlegenen Anfechtungsbeklagten statuiert B 291, Al. 3 zu Gunsten des gutgläubigen Empfängers einer Schenkung durch die Bestimmung, dass derselbe nur bis zum Betrag seiner Bereicherung zur Rückerstattung verpflichtet sei.[42]) Der gute Glaube des Beschenkten ist dann vorhanden, wenn der letztere beim Empfang der Schenkung weder wusste, noch auch bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen musste, dass die ihm gemachte Zuwendung eine anfechtbare Handlung gemäss B 286—288 darstellte.[43]) Er trägt hiefür auch die Beweislast, da es sich um eine zu seinen Gunsten aufgestellte Ausnahme von der allgemeinen Regel in B 291 handelt.[44]) Die Bereicherung im Sinne des Gesetzes stellt die Vermögensvermehrung dar, welche der Beschenkte durch die Schenkung erfuhr und im Zeitpunkt der Anfechtungsklage noch

[41]) A. M. Brand, S. 265, welcher — unter Berufung auf Cosack, S. 263 und Menzel, a. a. O., S. 12 — auch beim Vorhandensein der Objekte in Natura nur eine Konkursforderung zulassen will. Dies widerspricht der oben dargelegten, auch von Brand gebilligten Auffassung vom Wesen der Rückerstattungspflicht.

[42]) Jaeger, Art. 291, N. 6 und Brand, S. 275 nehmen an, dass der eigentlichen Schenkung auch die in B 286, Ziff. 1 und 2 genannten Rechtshandlungen gleichgestellt werden. B 291, Al. 3 liefert für eine so extensive Auslegung des Begriffes keinen Anhaltspunkt. Richtig Reichel, Art. 286, N. 1.

[43]) Brand, S. 275, Bonzanigo, Repertorio, XIII, p. 292, und Jaeger, Art. 291, N. 6 nehmen unter Berufung auf Cosack, a. a. O., S. 299 an, dass auch bei einer nach Empfang der Schenkung eingetretenen Kenntnis von der Anfechtbarkeit B 291, Al. 3 nicht anwendbar sei. Dies entspricht m. E. der ratio legis nicht, welche dahin geht, dass die Haftung des Beschenkten, welcher keinen Anlass hatte, die Schenkung abzulehnen, gemildert werden soll. Ebenso Martin, p. 359 und Kohler, Lehrbuch, S. 267, der lediglich eine Ausnahme für den Fall trifft, dass sich der Beschenkte später infolge erhaltener Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Schenkung entäusserte.

[44]) Ebenso Jaeger, Art. 291, N. 6; Martin, p. 358; a. M. Reichel, Art. 286, N. 4.

besitzt.[45]) Die Beweislast für das Vorhandensein einer Bereicherung liegt dem Anfechtungskläger ob.

b. Die Gegenansprüche des unterlegenen Anfechtungsbeklagten, welcher die anfechtbar erworbenen Vermögensbestandteile zur Verfügung gestellt hat, umschreibt B 291, Al. 1 durch die Bestimmung: «Die Gegenleistung ist zu erstatten, soweit sie sich noch in den Händen des Schuldners befindet, oder dieser durch sie bereichert ist.»

Als Gegenleistung im Sinne des Gesetzes ist alles das zu betrachten, was der Anfechtungsbeklagte dem Schuldner geleistet hat, um die für ihn durch die anfechtbare Handlung begründeten Vermögensvorteile zu erlangen.[46])

Von wem die Gegenleistung zu erstatten ist, sagt B 291 nicht. Zur Beantwortung der Frage sind die Fälle der Anfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses zu unterscheiden. Im erstern Falle befindet sich das ganze Vermögen des Schuldners als Konkurssubstrat in Händen der Konkursverwaltung. Ihr liegt deshalb die Pflicht zur Erstattung ob. Und zwar haftet die Gegenforderung direkt an den zum Konkurssubstrat bezogenen Gegenständen. Sie ist deshalb, soweit es sich nicht um Aussonderung eines körperlichen Gegenstandes handelt, als Masseverbindlichkeit geltend zu machen, wie in dem analogen Fall gemäss B 202 (vergl. § 47, V, Ziff. 2, lit. b hievor).[47]) Ist der Schuldner nicht im Konkurs, so kommt es darauf an, ob die Gegenleistung für den siegreichen Anfechtungsgläubiger ebenfalls gepfändet wurde oder nicht. Ist dies nämlich der Fall, so kann der unterlegene Anfechtungsbeklagte das Objekt der Gegenleistung, bezw. den daraus erzielten Verwertungserlös im Wege des Widerspruchsverfahrens gemäss B 106 herausverlangen, während ihm sonst einfach eine entsprechende Ersatzforderung an den Schuldner zusteht.[48])

---

[45]) Ebenso Brand, S. 276.

[46]) Vergl. Brand, S. 296 ff.

[47]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 291, N. 3 und Brand, S. 297.

[48]) Brand, S. 300 will bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses dem unterlegenen Anfechtungsbeklagten einen Anspruch auf Rückerstattung der Gegenleistung schlechtweg verweigern, was

Als nähere Bedingung einer Rückforderung der Gegenleistung statuiert B 291, Al. 1, dass sich die letztere noch in Händen des Schuldners befinden oder dieser durch sie bereichert sein muss. «Darüber hinaus» — so fährt B 291, Al. 1 fort — «kann ein Anspruch nur als Forderung gegen den Schuldner geltend gemacht werden». Aus diesem Zusammenhang ergibt sich, dass diese besondere Forderung an den Schuldner lediglich einen Ersatzanspruch für die nicht mehr oder nicht mehr vollständig vorhandene Gegenleistung darstellen kann und nicht etwa eine Schadensersatzforderung für die geschehene Anfechtung des Rechtsgeschäftes, bezw. für den durch die Notwendigkeit der Rückgabe der anfechtbar empfangenen Leistung entgangenen Gewinn.[49]) Ist der Schuldner im Konkurs, so muss diese Ersatzforderung, da es sich um einen rein obligatorischen Anspruch handelt, als gewöhnliche Konkursforderung geltend gemacht werden.

Eine besondere Regelung des Gegenanspruches eines unterlegenen Anfechtungsbeklagten ist dann nötig, wenn die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer Forderung des Dritten an den Schuldner bestand. In diesem Falle tritt gemäss B 291, Al. 2 die Forderung mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft. Der Um-

---

offenbar dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht. Jaeger, Art. 291, N. 3 will den Anspruch auf Erstattung der Gegenleistung nur gegenüber dem Schuldner zulassen, was weder im Wortlaut des Gesetzes. noch auch in der Natur der Sache eine Begründung findet. Darin ist aber sowohl Brand als Jaeger beizustimmen, dass der Gegenanspruch niemals gegenüber dem Anfechtungsgläubiger selbst erhoben werden kann. Damit ist auch seine Geltendmachung in Form der Widerklage im Anfechtungsprozess ausgeschlossen.

[49]) Ebenso Brand, S. 304 ff.; a. M. Martin, p. 366 und Jaeger, Art. 291, N. 4. Unrichtig ist die in BE XXXV (2), 16 vertretene Ansicht, dass, wenn der Anfechtungsgläubiger selbst die Gegenleistung des Beklagten beim Schuldner pfänden liess, die Anfechtungsklage überhaupt abzuweisen sei, weil sonst «eine doppelte Befriedigung des Klägers aus einem bestimmten Vermögensbestandteil des Schuldners durch Ausnützung desselben in zwei verschiedenen sich ersetzenden Erscheinungsformen» eintreten würde.

fang dieses Wiederauflebens der Forderung ist kontrovers. Die eine Meinung will die Forderung mit allen Nebenrechten (Bürgschaften, Pfandrechte etc.) wieder in Kraft treten lassen, die zur Zeit der Tilgung bestanden,[50]) während die andere darin einen Verstoss gegen die Zivilgesetzgebung (Vorschriften über Bürgschafts- und Pfandbestellung) erblickt.[51]) Mit Rücksicht auf den strikten Wortlaut in B 291, Al. 2 ist der erstern Meinung beizupflichten. Die Geltendmachung der wieder in Kraft getretenen Forderung geschieht gegenüber dem Schuldner, bezw. seiner Konkursmasse.[52])

3. Die zeitliche Begrenzung der Anfechtungsklage wird in B 292 durch die Vorschrift geregelt: «Die Anfechtungsklage verjährt durch Ablauf von fünf Jahren seit der anfechtbaren Rechtshandlung». Trotz des gebrauchten Ausdruckes «verjährt», liegt die Annahme einer gesetzlichen Befristung näher als diejenige einer Verjährung im technischen Sinn.[53]) Die Anfechtungsklage ist nämlich — wie früher gezeigt wurde — nicht ein privatrechtlicher Anspruch, sondern ein betreibungsrechtliches Institut mit rein betreibungsrechtlichem Zweck. Es kann deshalb auf sie auch nicht eine rein privatrechtliche Einrichtung wie diejenige der Verjährung Anwendung finden, wie denn auch der Gesetzgeber alle übrigen Klagen betreibungsrechtlicher Natur nicht der Verjährung unterstellt, sondern befristet hat (B 107, 109, 111, Al. 3, 148, 242, Al. 2, 250). Ferner wird in B 292 der Beginn der Frist unabhängig von der Entstehung des konkreten Anfechtungsanspruches fixiert. Der letztere ist erst dann vorhanden, wenn über den Schuldner der Konkurs ausgebrochen ist, bezw. der Gläubiger einen Verlustschein erhalten hat. Unbekümmert darum beginnt aber die Frist immer mit der anfechtbaren Rechtshandlung.

---

[50]) So Jaeger, Art. 291, N. 5; Reichel, Art. 291, N. 4; vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 265.

[51]) So Brand, S. 310 ff.

[52]) Vergl. Brand, S. 315 und dazu Cosak, a. a. O., S. 285.

[53]) Jaeger, Art. 292, N. 1 spricht von einer «Verwirkungsfrist».

Die Wirkung der rechtlichen Natur als Befristung äussert sich darin, dass die Behauptung einer Einhaltung der Frist zum Klagefundament gehört. Der Beweis dafür liegt dem Kläger ob, und nur wenn er erbracht ist, kann die Klage zugesprochen werden.[54]) Ferner aber dürfen die Vorschriften in OR 153—158 über den Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung, sowie diejenige in OR 159, betreffend den Verzicht auf die Geltendmachung nicht analog angewendet werden.[55])

§ 62.

Die tatsächlichen Grundlagen der Anfechtungsklage.

I. Begriff und Arten.

B 285 bezeichnet als Zweck der Anfechtungsklage, die in B 286-288 erwähnten Rechtshandlungen ungültig erklären zu lassen.

1. Dem Begriffe nach wird also die Grundlage der Klage immer durch eine Rechtshandlung des Schuldners gebildet, d. h. durch eine Handlung desselben, welche geeignet ist, rechtliche Wirkungen hervorzubringen.[1]) Durch die Rechtshandlung muss das Vermögen des Schuldners zu Gunsten der Anfechtungsbeklagten und zu Ungunsten der Betreibungsgläubiger in dem Sinne vermindert worden sein, dass den letztern ein Vermögenswert entzogen wurde, welcher geeignet gewesen wäre, das Exekutionssubstrat der Schuldbetreibung zu vermehren.[2])

2. In objektiver Beziehung muss die Rechtshandlung gewisse vom Gesetz ausdrücklich unterschriebene Tatbe-

---

[54]) SchwJZ II, 125 (Zürich) will den Zeitablauf nur auf Einrede hin berücksichtigen lassen, was nach dem oben Ausgeführten unrichtig ist.

[55]) Vergl. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten nach modernen Gesetzen, S. 58 ff. Wie oben teilweise auch Jaeger, Art. 292, N. 1; dagegen Martin, p. 361.

[1]) Über die Erscheinungsformen der Rechtshandlung im allgemeinen vergl. unten IV, Ziff. 2.

[2]) Ebenso BE XXX (2), 21, A VII, 105; in gleichem Sinne Brand, S. 118 ff.



standsmerkmale erfüllen, welche ihre Anfechtbarkeit begründen. Der Gesetzgeber gruppiert diese Tatbestände nach drei Richtungen hin:

a. Sie können bestehen in einer Schenkung, bezw. einer derselben vom Gesetze gleichgestellten Handlung des Schuldners (B 286: sog. Schenkungspauliana); oder

b. in der Begünstigung einzelner Gläubiger vor andern durch bestimmte Rechtshandlungen zu einer Zeit, in welcher der Schuldner bereits überschuldet war (B 287: sog. Begünstigungs- oder Ueberschuldungspauliana); oder endlich

c. in betrügerischen Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteile anderer zu begünstigen (B 288: sog. Betrugs- oder Deliktspauliana).

II. Die sogenannte Schenkungspauliana.

Anfechtbar sind, mit Ausnahme gebräuchlicher Gelegenheitsgeschenke, alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, welche vom Schuldner innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen worden sind (B 286, Al. 1).

1. Die im Sinne dieser Vorschrift anfechtbaren Tatbestände machen sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

a. Anfechtbar sind in erster Linie Schenkungen des Schuldners. Ihr Begriff ist rein zivilrechtlicher Natur und wird nun in ROR 233, Al. 1 (früher ZGBE 59, OR 273a) dahin umschrieben, dass als Schenkung jede Zuwendung unter Lebenden gilt, womit man aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichert.[3]) Für die Anfechtungsklage kommt dabei immer nur die vollzogene Schenkung in Betracht, da ein blosses Schenkungsversprechen gemäss ROR 250, Al. 2 (früher ZGBE

[3]) Der Schenkung gemäss ROR 233 sind solche Geschäfte gleichzustellen, welche durch das zur Zeit ihres Abschlusses geltende kantonale Recht als Schenkung behandelt wurden.

59, OR 273 a) durch Ausstellung eines Verlustscheins oder Eröffnung des Konkurses gegenüber dem Schenker — welche ja auch die elementare Voraussetzung zur Erhebung der Anfechtungsklage bilden — von Gesetzes wegen aufgehoben wird.

Schenkungen von Todes wegen, sowie erbrechtliche Zuwendungen überhaupt fallen betreibungsrechtlich ebensowenig unter den Begriff der Schenkung als zivilrechtlich.

Eine Ausnahme von der Anfechtbarkeit zivilrechtlicher Schenkungen macht B 286, Al. 1 hinsichtlich der «gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke». Gebräuchlich sein, d. h. der Sitte und dem Brauch in der Gegend und dem sozialen Kreise, welchen der Schenker angehört, entsprechen, muss dabei sowohl die Schenkung (Weihnachts-, Neujahrs-, Geburtstags-, Verlobungs- und Hochzeitsgeschenke), als namentlich auch ihr Umfang.[4])

b. Neben den Schenkungen des Schuldners nennt B 286, Al. 1 auch unentgeltliche Verfügungen als anfechtbar. Ihr Begriff schliesst offenbar denjenigen der Schenkung als Unterbegriff in sich und geht über denselben hinaus.[5]) Anfechtbar sind deshalb auch solche unentgeltlichen Verfügungen, welche ROR 239, Al. 2 und 3 ausdrücklich vom Begriff der Schenkung ausnimmt, wie Verzicht auf ein noch nicht erworbenes Recht, Ausschlagung einer Erbschaft, Erfüllung einer sittlichen Pflicht.[6]) Eine Verfügung ist dann eine unentgeltliche im Sinne des Gesetzes, wenn der Schuldner damit, ohne eine Gegenleistung dafür zu erhalten, eine Leistung macht, zu welcher er

---

[4]) Ebenso Brand, S. 201. Reichel, Art. 286, N. 3 und Jaeger, Art. 286, N. 3 wollen den gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenken auch die Ausstattung eines Kindes durch die Eltern gleichstellen, sofern dieselbe die finanzielle Leistungsfähigkeit des Gebers nicht erheblich übersteigt.

[5]) Kohler, Lehrbuch, S. 226, N. 2 scheint die beiden Begriffe völlig gleichzustellen.

[6]) Im gleichen Sinne wie oben fasst den Begriff auch die bundesrätliche Botschaft vom 6. April 1886, Seite 58 auf, während Jaeger, Art. 286, N. 3 den Unterschied zur Schenkung darin erblicken will, dass es sich hier um eine einseitige Verfügung handeln müsse.

rechtlich nicht verpflichtet ist.[7]) Das Motiv der unentgeltlichen Verfügung ist für die Anfechtbarkeit der letztern durchaus unerheblich und ebenso ein Irrtum des Verfügenden über seine Leistungspflicht, da B 286, Al. 1 eben schlechtweg auf das objektive Moment der Unentgeltlichkeit abstellt. Eine Bereicherung des andern Teiles ist begrifflich ebenfalls nicht erforderlich, kann aber gemäss B 291, Al. 1 die Rückerstattungspflicht beeinflussen (vergl. § 61, IV, Ziff. 2, lit. a hievor).[8])

c. Durch ausdrückliche Vorschrift in A 286, Al. 2 werden endlich der Schenkung auch bestimmte entgeltliche Rechtsgeschäfte des Schuldners gleichgestellt.[9])

aa. Dies betrifft in erster Linie Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnisse steht (B 286, Al. 2, Ziff. 1). Massgebend für die Prüfung der Frage, ob ein solches Missverhältnis vorliegt, sind die Wertverhältnisse der beiden Leistungen zur Zeit des Vertragsabschlusses. Und zwar muss der Wertunterschied ein erheblicher sein, da sonst von einem Missverhältnis nicht gesprochen werden kann.[10])

[7]) Vergl. auch Brand, S. 196 ff. Zahlt deshalb der Kollektivgesellschafter für die Gesellschaft, so fällt die Zahlung nicht unter B 286, da der Zahlende mit seinem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet; vergl. BE XXI, 164.

[8]) Die Bereicherung des andern Teils kann namentlich dann fehlen, wenn die Verfügung in der Sicherheitsleistung für einen Drittschuldner desselben besteht oder mit einer Auflage zu Gunsten eines Dritten beschwert ist; vergl. BE XXI, 164; Jaeger, Art. 286, N. 3, sowie die dort zit. Literatur. Eine Sicherstellung der eigenen Schuld will Brand, S. 199 f. unter Berufung auf Cosak, a. a. O., S. 152 ff. und Menzel, a. a. O., S. 126 ebenfalls unter B 286 subsumieren. Dagegen mit Recht Jaeger, Art. 286, N. 3; Kohler, Lehrbuch, S. 216.

[9]) Die Gleichstellung erfolgt aber nur mit Bezug auf die Anfechtbarkeit der Handlung überhaupt. B 291, Al. 3 nimmt sie nicht vor mit Bezug auf die Rückerstattungspflicht des Empfängers; vergl. § 61 hievor, Note 42.

[10]) Dafür spricht auch die Fassung in Art. 46 des bundesrätl. Entwurfes vom 23. Februar 1886, sowie der französische Text: «. . . . un prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation . . . »;

bb. Der Schenkung stehen ferner gleich **Rechtsgeschäfte, durch welche der Schuldner sich selbst oder einem Dritten eine Leibrente oder einen Niessbrauch erworben hat** (B 286, Al. 2, Ziff. 2).[11] Nach dem strikten Wortlaut des Gesetzes müssen diese Rechtsgeschäfte als anfechtbar betrachtet werden, gleichgültig ob die Rechte, bezw. der Niessbrauch ein genügendes Aequivalent für die Leistung des Schuldners darstellt oder nicht.[12]

2. Die Anfechtbarkeit der in B 286 erwähnten Tatbestände wird aber in dem Sinne einer **zeitlichen Beschränkung** unterworfen, dass sie nur vorhanden ist, sofern jene Rechtshandlungen innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen wurden (B 286, Al. 1).[13] Es sollen eben nur diejenigen Rechtshandlungen anfechtbar sein, welche vermöge ihrer zeitlichen Nähe die Exekution offenbar wirklich beeinträchtigten. Der Nichtablauf der in B 286, Al. 1 genannten Frist bildet ein Tatbestandsmerkmal der anfechtbaren Handlung als solcher. Daraus folgt einerseits, dass ein Nachweis des Nichtablaufs zum Klagefundament gehört, anderseits dass jede Unterbrechung der Frist ausgeschlossen

---

vergl. auch Brand, S. 202 ff., BE XXXIV (2), 42. Unter B 286, Al. 2, Ziff. 1 subsumiert BE XXXI (2), 50 auch den Fall, wo sich der Schuldner für einen zahlungsunfähigen Dritten verbürgt, da hier seine Regressforderung gegen den Hauptschuldner keinen Wert hat. Einen ferneren Spezialfall vergl. in BE XXVI (2), 29.

[11]) Ueber die Entstehungsgeschichte der Bestimmung vergl. Reichel, Art. 286, N. 6; Jaeger, Art. 286, N. 9.

[12]) In diesem Sinn auch BE XXIII, 107; a. M. Brand, S. 207 ff. Nicht unter B 286, Al. 2, Ziff. 2 ist der Abschluss einer Versicherung zu Gunsten Dritter zu rechnen, welchen Art. 82 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag der Anfechtbarkeit unterstellt. Er kann vielmehr bloss entweder als eigentliche Schenkung oder dann gemäss B 288 angefochten werden, und zwar nur dann, wenn der Versicherungsnehmer gemäss Art. 79 leg. cit. auf den Widerruf der Begünstigung verzichtet hat; vergl. Koenig, a. a. o., ZBJV XLII, 115, Brühlmann, a. a. O., ZschwR, N. F., XXIX, 97.

[13]) Keine zeitliche Beschränkung wird für die in ZGB 524 und 528 vorgesehenen Anfechtungsfälle aufgestellt.

ist.[14]) Den Endpunkt der Frist bildet immer die tatsächliche Vornahme der Pfändung, bezw. das Konkurserkenntnis.

3. Die Beweislast liegt dem Kläger ob. Sie umfasst sowohl das Vorhandensein der Tatbestandsmerkmale als auch den Nichtablauf der sechsmonatlichen Frist. Die Tatsache der Ueberschuldung des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme seiner Verfügung, die Kenntnis des andern Teils von seiner Vermögenslage, eine Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht sind für die Beurteilung weder nach der positiven noch nach der negativen Seite hin relevant.[15])

III. Die sogenannte Ueberschuldungspauliana.

Während gemäss B 286 die Anfechtbarkeit der dort erwähnten Rechtshandlungen in ihrer Natur beruht, erklärt B 287 gewisse Rechtshandlungen des Schuldners aus dem Grunde als anfechtbar, weil jener im Zeitpunkt ihrer Vornahme bereits überschuldet war.

1. Die anfechtbaren Rechtshandlungen sind stets solche des Schuldners und werden im Gesetz genau und abschliessend aufgezählt.[16])

a. Dazu gehört in erster Linie die Begründung eines Pfandrechtes zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten, deren Erfüllung

---

[14]) Ebenso im Prinzip Jaeger, Art. 286, N. 5. Derselbe will aber die Dauer einer der Konkurseröffnung vorangegangenen Nachlassstundung mit Rücksicht auf die Vorschrift in B 297 bei der Berechnung der Frist abziehen. Dagegen wie oben — für die analoge Bestimmung in B 287 — BE XXX (2), 18, während in BE XXV (2), 83 richtig hervorgehoben wird, dass auch ein Prozess, den der Anfechtungskläger mit dem Schuldner über die Forderung vor der Pfändung führen musste, keine Unterbrechung der Frist bewirkt.

[15]) Das Vorhandensein dieser Merkmale kann dagegen neben der Anfechtungsklage gemäss B 286 auch noch diejenige gemäss B 288 begründen; vergl. Reichel, Art. 288, N. 1; Brand, S. 191 ff.

[16]) Die Handlung darf also nicht von einem Dritten ausgehen. Jaeger, Art. 287, N. 2 hebt z. B. mit Recht hervor, dass die Bestellung eines Pfandrechtes durch die Ehefrau des Schuldners aus ihrem Sondergut für eine Schuld des Mannes nicht anfechtbar ist.

sicher zu stellen, der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war (287, Ziff. 1).

Als Pfandrecht im Sinne des Gesetzes kommen sämtliche in B 37 (ZGBE 60) vorgesehenen Sicherungsformen in Betracht (vergl. § 38, II, Ziff. 1 hievor).[17] Die Begründung derselben muss in den durch das geltende Zivilrecht hiefür vorgesehenen Formen erfolgt sein, da sonst ein gültiges Pfandrecht nicht zustande kam, ein blosses Pfandbestellungsversprechen dagegen den Tatbestand in B 287, Ziff. 1 nicht erfüllt.

Das Pfandrecht muss zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten bestellt werden. Wird es für eine neu errichtete, eine novierte oder für eine zukünftige Schuld eingeräumt, so liegt eine anfechtbare Handlung nicht vor.[18]

Endlich darf der Schuldner nicht schon früher zur Sicherstellung verpflichtet gewesen sein. Und zwar kommt hiebei nur eine rechtliche Verpflichtung — infolge früherer vertraglicher Abmachung oder von Gesetzes wegen (z. B. gemäss ZGB 205, Al. 2) — in Be-

---

[17]) Vergl. BE XXV (2), 83. Es gehört also namentlich auch das Retentionsrecht hierher, sofern es vom Schuldner durch eine zweckdienliche Rechtshandlung begründet wurde und nicht etwa ohne sein Zutun zustande kommt; vergl. auch Jaeger, Art. 287, N. 6; Brand, S. 161 ff.; a. M. Reichel, Art. 287, N. 5. Dass neben dem errichteten Pfandrecht auch noch andere Sicherheiten haften, ist für die Anfechtbarkeit des erstern unerheblich; vergl. BE XXXIV (2), 11.

[18]) Ebenso Jaeger, Art. 287, N. 7; Brand, S. 162. Als Pfandrechterrichtung für eine novierte Schuld gilt auch die Bestellung eines Pfandrechtes bei Anerkennung eines Saldos im Kontokorrentverkehr und Übertragung desselben auf neue Rechnung; vergl. BE XIX, 66. Ebenso ist unanfechtbar die Pfandbestellung bei Abschluss eines Kontokorrent- und Kreditvertrages; vergl. ZBJV XXX, 130. Dagegen kann für eine Wechselforderung anlässlich ihrer Prolongation kein gemäss B 287 unanfechtbares Pfandrecht errichtet werden. Ebenso Reichel, Art. 287, N. 5; Brand, S. 162; a. M. A IV, 44 (Baselstadt); nur mit Einschränkung Jaeger, Art. 287, N. 7.

tracht.[19]) Die Verpflichtung zur Sicherstellung muss also zeitlich vor der Pfandrechtserrichtung entstanden sein.[20]) Sie muss auf Pfandbestellung und nicht etwa auf anderweitige Sicherstellung — z. B. durch Bürgschaft — gelautet haben.[21])

b. Gemäss B 287, Al. 1, Ziff. 2 ist ferner anfechtbar die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel.

Die Rechtshandlung muss also vorgenommen worden sein, in der Absicht, eine zu Recht bestehende Geldschuld zu tilgen.[22]) In welcher Form die Tilgung erfolgt, ist unerheblich. Sie kann in eine Hingabe zahlungshalber oder an Zahlungstatt oder auch in die Form eines Deckungsgeschäftes (Kauf oder Zession mit Kompensation der Gegenleistung) eingekleidet werden oder endlich in der Rückgabe der bereits tradierten Ware durch den Käufer bestehen.[23]) Immer jedoch muss die Tilgung in der Hingabe von Gegenständen bestehen, welche sich weder als Barschaft, d. h. kurante Münze, noch als anderweitige übliches Zahlungsmittel darstellen. Ob ein Gegenstand als übliche Zahlungsmittel im Sinne des Gesetzes zu betrachten ist, muss im einzelnen Fall nach den Übungen und Anschauungen der Gegend, des Bevölkerungs-

---

[19]) Ebenso Reichel, Art. 287, N. 5; Jaeger, Art. 287, N. 8; Brand, S. 163 ff.; BE XXXIII (2), 22. Die blosse Fälligkeit einer Schuld begründet an sich keine Verbindlichkeit zur Sicherstellung; vergl. BIIE XVII, 164 (Zürich).

[20]) Ob sie vor oder während der in B 287, Al. 1 vorgesehenen sechsmonatlichen Frist begründet wurde, ist unerheblich; vergl. Jaeger, Art. 287, N. 8; Brand, S. 163; BIIE XIII, 36 (Zürich).

[21]) In diesem Sinne — allerdings etwas zögernd — auch Jaeger, Art. 288, N. 8.

[22]) Die Tilgung einer Realforderung fällt auch dann nicht in Betracht, wenn alternativ Geldzahlung vorgesehen ist; vergl. BE XXVI (2), 28; Jaeger, Art. 287, N. 9; Brand, S. 167 ff.

[23]) Vergl. Jaeger, Art. 287, N. 9; BE XIX, 74, XXVI (2), 29; ZBJV XXXV, 625 (Bern). Der Beweis, dass das Deckungsgeschäft die Tilgung einer Geldschuld darstellt, liegt dem Kläger ob; vergl. BE XXI, 165.

kreises oder der Geschäftsbranche beurteilt werden, welchen die Beteiligten angehören.[24])

c. In letzter Linie gehört zu den anfechtbaren Tatbeständen die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld (B 287, Al. 1, Ziff. 3).

Wie aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, braucht es sich hier im Gegensatz zu B 287, Al. 1, Ziff. 2 nicht um eine Geldschuld zu handeln, weshalb auch Zahlung nicht unbedingt Geldzahlung zu bedeuten braucht.[25]) Ebenso ist das Motiv der Zahlung unerheblich.[26]) Es kommt vielmehr einzig darauf an, dass die bezahlte Schuld im Zeitpunkt ihrer Begleichung noch nicht verfallen war. Die Fälligkeit tritt mit demjenigen Moment ein, in welchem der Gläubiger nach Gesetz oder Verabredung befugt ist, Erfüllung zu verlangen.[27])

---

[24]) Vergl. BE XXII, 35, XXVI (2), 28, XXX (2), 44, XXXIII, (2), 51, ZBJV XXXIX, 348, XLII, 604; SchwJZ IV, 47 (Neuenburg), Reichel, Art. 287, N. 6; Brand, S. 170 f. Regelmässig werden als übliche Zahlungsmittel betrachtet werden dürfen Banknoten, Checks, verfallene Zins- und Dividendencoupons, deren Einlösung ausser Frage steht. Nur in bestimmten Kreisen kann der Wechsel als solches gelten; vergl. BE XXII, 35. Bestritten und zweifelhaft ist, ob die Abtretung von Forderungen jemals als übliches Zahlungsmittel angesehen werden darf. Für Verneinung Brand, S. 171, Jaeger, Art. 287, N. 9, Reichel, Art. 287, N. 9, ZBJV XXXIII 380 (Bern), während BE XXVI (2), 28, XXX (2), 44, ZBJV XXXVI, 90 die Frage für den Verkehr zwischen Bauherrn und Bauunternehmer bejahen, sofern Forderung und Bauschuld im Zusammenhang stehen.

[25]) Ebenso Reichel. Art. 287, N. 7; a. M. Jaeger, Art. 287, N. 10; Brand, S. 172 ff. Immerhin muss es sich um die Deckung einer bestimmten Schuld handeln, weshalb die Einzahlung in einen Kontokorrent nicht hieher gehört; vergl. BE XXV (2), 24. Dagegen fällt in Betracht die Deckung eines Bürgen vor Fälligkeit der Hauptschuld; vergl. ZBJV XL, 354 (Bern).

[26]) Unerheblich ist also, ob der Schuldner für die Forderung betrieben war, und ebenso, ob er für die verfrühte Zahlung den Diskonto erhielt; vergl. Jaeger, Art. 287, N. 10.

[27]) Ebenso Jaeger, Art. 287, N. 10; BE XXIII, 162, wo richtig darauf hingewiesen wird, dass die verabredete Befugnis des Schuldners, früher zu bezahlen, unerheblich ist. Zweifelhaft BE XXVII (2), 44, wo die Anfechtbarkeit einer Zahlung nicht verfallener Miet- oder Pachtzinse, für die ein Retentionsrecht besteht, verneint wird.

2. Neben dem anfechtbaren Tatbestand verlangt B 287, Al. 1 als weitere Voraussetzung der Anfechtungsklage die Überschuldung des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der betreffenden Rechtshandlung.[28]) Die Überschuldung ist dann gegeben, wenn das Aktivvermögen des Schuldners durch die demselben gegenüberstehenden exequierbaren Passiven überstiegen wird.[29]) Ob die Passiven bereits fällig sind oder nicht, ist unerheblich und ebenso die Kenntnis des Schuldners von seiner Überschuldung.[30]) Der Beweis der Überschuldung wird, sofern man sich nicht auf eine kaufmännische Buchführung stützen kann, regelmässig nur durch Indizien zu erbringen sein.[31]) Der Zustand der Überschuldung muss dabei für den Moment der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung nachgewiesen sein.

3. Als dritte Voraussetzung der Anfechtbarkeit endlich ist hier ebenfalls erforderlich die Vornahme der

---

[28]) Der französische Text spricht — wie aus der Entstehungsgeschichte hervorgeht — irrtümlicherweise von einem «débiteur insolvable», der italienische von einem «debitore in stato d'insolvenza». Theorie und Praxis haben aber von jeher angenommen, dass es sich hier nicht um eine Zahlungsunfähigkeit, sondern — wie der deutsche Text besagt — um eine Überschuldung handelt; vergl. Brand, S. 181 ff., BE XIX, 92, XXII, 35, XXV (2), 114.

[29]) Vergl. die in Note 28 zit. Judikatur. Jaeger, Art. 287, N. 5 will zur Berechnung der Aktiven nur das exekutionsfähige Vermögen, also nicht die Kompetenzstücke in Betracht ziehen, was nicht zu billigen ist, da ja der Schuldner auch diese den Gläubigern zur Verfügung stellen kann. Richtig Brand, S. 182. Dagegen gehört das Frauengut, auch wenn der Schuldner darüber nach geltendem Güterrecht die Verfügung hat, nicht zu den Aktiven, sondern zu den Passiven; vergl. BE XXV (2), 114.

[30]) Ebenso BE XXV (2), 114. Das subjektive Moment — also auch die Benachteiligungsabsicht — spielt im vorliegenden Fall keine Rolle. Ebenso Brand, S. 183; dagegen Bonzanigo, Repertorio, XIII, 243.

[31]) Ein Indiz der Überschuldung bildet z. B. die Tatsache, dass der Schuldner zu ausserordentlichen Kreditbeschaffungsmitteln (Versatzpfand etc.) greift; vergl. auch BE XXXIII (2), 22. Das Nichtvorhandensein der Überschuldung wird nicht schon durch das Fehlen von Betreibungen oder Wechselprotesten gegenüber dem Schuldner dargetan; vergl. BE XXIII, 102; Jaeger; Art. 287, N. 5.

anfechtbaren Handlung innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung (B 287, Al. 1). Die Befristung hat die gleiche Rechtsnatur und die nämlichen Wirkungen wie bei der Schenkungspauliana (vergl. oben II, Ziff. 2).

4. Die Beweislast für alle die Überschuldungspauliana begründenden Tatsachen liegt dem Anfechtungskläger ob.[32]) B 287, Al. 2 räumt aber dem Beklagten seinerseits einen Entlastungsbeweis ein, indem die Anfechtbarkeit als ausgeschlossen bezeichnet wird, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt habe. Beweisthema ist also die Tatsache dass der Beklagte zur Zeit der anfechtbaren Rechtshandlung nicht wusste, dass der Schuldner überschuldet war. Dieser Beweis kann nicht durch denjenigen des Fehlens einer schuldnerischen Begünstigungsabsicht oder des guten Glaubens des Beklagten beim Abschluss des Rechtsgeschäftes ersetzt werden.[33])

Die Unkenntnis der Vermögenslage des Schuldners wird durch den Nachweis von Tatsachen dargetan, welche zum Schluss berechtigen, dass entweder der Anfechtungsbeklagte den Umständen gemäss die Überschuldung seines Gegenkontrahenten nicht erkennen konnte,[34]) oder dass er, wenn eine solche Erkenntnis an sich möglich war, faktisch und ohne seine Schuld nicht dazu gelangte.[35]) Sie muss

---

[32]) Vergl. BE XXXI (2), 47.

[33]) Ebenso BE XXV (2), 114; Brand, S. 185 ff., Jaeger, Art. 287, N. 11; a. M. Bonzanigo, Repertorio XIII, p. 243.

[34]) Ebenso Jaeger, Art. 287, N. 11; BE XXV (2), 114, XXVI (2), 60, XXX (2), 18. Ein Indiz im letztgenannten Sinne darf wohl regelmässig darin erblickt werden, dass der Anfechtungsbeklagte nach der anfechtbaren Rechtshandlung noch selbst dem Schuldner kreditierte; vergl. BE XXV (2), 83.

[35]) Verdachtsmomente für Annahme einer Kenntnis erblickt die Praxis z. B. in engern Beziehungen, welche eine Vertrautheit mit dem geschäftlichen Gebahren des Schuldners vermitteln können (vergl. BE XXXIII (2), 22), in der faktischen Ausübung einer geschäftlichen Kontrolle des Beklagten über den Schuldner (vergl. BE XXXIII (2), 51), in der Beanstandung der vom Schuldner dem Anfechtungsbeklagten vorgelegten Bilanz (vergl. BE XXX (2), 79), in mit Kennt-

im Moment der anfechtbaren Rechtshandlung bestanden haben.[36]) Die Beweislast liegt dem Anfechtungsbeklagten ob.[37]) Der Natur der Sache nach wird meistens ein Wahrscheinlichkeitsbeweis genügen müssen, wogegen auf eine blosse Glaubhaftmachung hin die Einrede der Unkenntnis nicht zugesprochen werden dürfte.[38])

IV. Die sogenannte Betrugspauliana.

Anfechtbar sind endlich, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme, alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen (B 288).

1. Das charakteristische Tatbestandsmerkmal dieser Anfechtungsklage ist das Vorhandensein einer Benachteiligungsabsicht des Schuldners gegenüber seinen Gläubigern, also ein rein subjektives Moment ohne Erfordernis eines begleitenden objektiven Zustandes, wie z. B. der Ueberschuldung.[39])

a. Die Benachteiligungsabsicht kann in erster Linie eine direkte sein, d. h. es kann die Benachteiligung der Gläubiger der eigentliche, wenn auch vielleicht nicht der einzige Zweck des Schuldners sein.[40]) Dabei genügt es

---

nis des Anfechtungsbeklagten vorgenommenen häufigen Wechselziehungen des Schuldners auf Personen, die ihm nichts schuldig sind; vergl. BE XXII. 35. Dagegen wird blosse häufige Wechselprolongation nicht absolut als solches Indiz aufgefasst; vergl. BE XXX (2), 18.

[36]) Vergl. BE XXV (2), 83.

[37]) Und zwar auch dann, wenn gar keine Anzeichen für seine Kenntnis von der Vermögenslage des Schuldners sprechen; vergl. BE XXVIII (2), 70.

[38]) Vergl. BE XXV (2), 83, 114; Brand, S. 189 ff.

[39]) Ebenso Jaeger, Art. 288, N. 6, welcher aber richtig bemerkt, dass die Ueberschuldung u. U. ein Indiz für das Vorhandensein der übrigen Tatbestandsmerkmale (vergl. unten Ziff. 2 u. 3) sein kann.

[40]) Er will vielleicht damit sogar einer Verpflichtung gegenüber einem Dritten nachkommen; vergl. ZBJV XLIII, 263 (Bern).

aber auch, wenn nicht die Benachteiligung aller, sondern nur einzelner Gläubiger beabsichtigt ist.[41])

b. Die Benachteiligungsabsicht kann aber auch eine indirekte sein. Eine solche ist vorhanden, wenn der Schuldner die Rechtshandlung zwar nicht ausgesprochener Weise zu dem Zwecke vornimmt, seine Gläubiger zu schädigen, jedoch vorhersehen musste, dass die Benachteiligung eine normale Folge jener Handlung sein werde, und die letztere trotz dieses Wissens vornahm.[42])

c. Als speziellen Fall der indirekten Benachteiligungsabsicht nennt B 288, ausdrücklich die Absicht, einzelne Gläubiger zum Nachteil der andern zu begünstigen. Eine derartige Begünstigung eines Gläubigers kann erfolgen durch Bezahlung der Forderung desselben[43]) oder durch Sicherstellung, sei es, dass dadurch der Tatbestand gemäss B 287, Al. 1, Ziff. 1 erfüllt wird oder nicht.[44]) Endlich gehört hieher die Anerkennung von For-

---

[41]) Vergl. auch Reichel, Art. 288, N. 5; Brand, S. 145; ZBJV XLV, 92 (Bern).

[42]) Ebenso Reichel, Art. 278, N. 5; Jaeger, Art. 288, N. 6; Martin, p. 344; BE XXI, 86, 164, XXIII, 104, XXV (2), 24, XXVI (2), 78, XXVII (2), 32, XXVIII (2), 17. Brand, S. 149 will ein besonderes Gewicht darauf legen, dass der Schuldner die Benachteiligung voraussehen musste und nicht nur konnte. Eine solche Differenzierung wird praktisch kaum durchzuführen sein. In jedem Falle aber genügt ein dolus eventualis; vergl. Jaeger, Art. 288, N. 6; Kohler, Lehrbuch, S. 214; Jäger, Die Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkurses, § 3, Anmerkung 12 ff.

[43]) Und zwar u. U. auch bei einer fälligen Schuld, sofern dadurch gleichberechtigte oder gar ältere fällige Forderungen unberücksichtigt bleiben; vergl. BE XXIII, 163, XXIX (2), 88; Jaeger, Art. 288, N. 3; Brand, S. 171.

[44]) Unter diesen Gesichtspunkten kann eine Pfandbestellung oder sonstige Sicherheitsleistung auch dann anfechtbar sein, wenn sie auf gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtung beruht, sofern nämlich dadurch gleichberechtigte oder ältere Verpflichtungen beiseite geschoben werden; vergl. BE XXIII, 48, 162, XXX (2), 22. Dagegen verneint die Praxis die Anfechtbarkeit, sofern es sich um Sicherstellung einer künftigen Forderung (z. B. eines Kontokorrentes) handelt, deren Begründung dem Schuldner neue Zahlungsmittel verschafft; vergl. BE XXX (2), 79.

derungen, die ganz oder teilweise nicht zu Recht bestehen.[45])

2. Der Tatbestand der benachteiligenden Rechtshandlung wird — im Gegensatz zu B 286, 287 — hier nicht näher umschrieben. Es kommen deshalb sämtliche Handlungen des Schuldners in Betracht, welche geeignet sind, rechtliche Wirkungen hervorzubringen (vergl. oben I, Ziff. 1), bestehen dieselben nun in einem rechtsgeschäftlichen oder deliktischen Tun, in der Unterlassung der Geltendmachung eines dem Schuldner zustehenden Rechtes, oder endlich in der Vornahme oder Unterlassung prozessualer oder betreibungsrechtlicher Vorkehren.[46]) Die Wirkung dieser Rechtshandlung muss in einer Verminderung des den Gläubigern zur Verfügung stehenden Exekutionssubstrates bestehen, da sonst eine Verpflichtung des Anfechtungsbeklagten gemäss B 291 nicht zustande kommt.

Der Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung ist hier — wie B 288 ausdrücklich hervorhebt — im Gegensatz zu den Fällen gemäss B 286 und 287 durchaus unerheblich.[47])

3. Als drittes Tatbestandsmerkmal statuiert B 288 die Erkennbarkeit der schuldnerischen Benachtei-

---

[45]) Vergl. BE XXIX (2), 87. In diesem Sinne kann auch eine gerichtliche Schuldanerkennung, bezw. die absichtliche Unterlassung eines begründeten Rechtsvorschlages als Begünstigung angesehen werden; vergl. BE XXIII, 104, XXVII (2), 44, XXX (2), 43.

[46]) Vergl. Jaeger, Art. 288, N. 3; Reichel, Art. 288, N. 4; Brand, S. 130 ff., BE XXVI (2), 20, XXVIII (2), 17, XXX (2), 46, sowie die in Noten 43—45 zit. Judikatur. Für die ausländische Literatur und Judikatur vergl. namentlich Jäger, Gläubigeranfechtung, § 3, Anmerkung 8 ff. und die dortigen Zitate. Die Benachteiligung muss regelmässig die unmittelbare Folge der anfechtbaren Rechtshandlung sein und darf nicht aus einem neu hinzutretenden weitern Ereignis resultieren, soweit dasselbe nicht mit der anfechtbaren Rechtshandlung in einem gewollten Zusammenhange steht, welcher bei ihrer Vornahme bereits erkennbar war. Ebenso BE XXIX (2), 46, XXXI (2), 47, XXXIII (2), 23, 49, XXXIV (2), 95, A XII, 27, SchwJZ V, 234 (Bern); a. M. Brand, S. 121 f.

[47]) Jedenfalls aber muss die Benachteiligung im Moment der Konkurseröffnung, bezw. der fruchtlosen Pfändung vorhanden sein; vergl. ZBJV XXXIX, 690 (Bern).

ligungsabsicht für den andern Teil, wobei unter dem letztern jedermann zu verstehen ist, welcher an der anfechtbaren Rechtshandlung in der Weise beteiligt war, dass gegen ihn, bezw. seine Rechtsnachfolger, gemäss B 290 die Anfechtungsklage eingestellt werden kann.[48])

Die vom Gesetz geforderte Erkennbarkeit besteht darin, dass der Dritte nach den tatsächlichen Verhältnissen des Falles im Stande gewesen wäre, die Absicht des Schuldners zu erkennen, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne von ihnen zum Nachteil anderer zu begünstigen. Ein positives Wissen des Dritten oder auch nur ein Erkennenmüssen ist nicht erforderlich,[49]) sondern nur die Möglichkeit eines Erkennens beim Vorhandensein einer normalen und durch die Umstände gebotenen Aufmerksamkeit.[50]) Die tatsächlichen Verhältnisse, welche diese Erkennbarkeit der schuldnerischen Absicht fördern, können entweder bestehen in den persönlichen Beziehungen des Anfechtungsbeklagten zum Schuldner,[51]) in den über den

---

[48]) Der französische Text in B 288 ist in dieser Beziehung enger gefasst als der deutsche und der italienische, indem er als anfechtbar erklärt «tous actes faits par le débiteur dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers, *avec leur connivence*, au détriment des autres». Dass es nicht die Absicht des Gesetzgebers war, die Erkennbarkeit nur auf Seite eines vom Schuldner begünstigten Gläubigers zu verlangen, wie es dem französischen Wortlaut entspräche, ergibt sich aus der Entwicklungsgeschichte des Textes; vergl. die Nachweise bei Brand, S. 151 ff.; a. M. Bonzanigo, Repertorio, XIII, p. 104 ss. Die Praxis hält sich denn auch ausschliesslich an den deutschen Text, d. h. sie verlangt die Erkennbarkeit für jeden Anfechtungsbeklagten; vergl. BE XXI, 86, XXXII (2), 25.

[49]) Art. 52 des bundesrätlichen Entwurfes verlangte in Uebereinstimmung mit der deutschen Gesetzgebung nicht die Erkennbarkeit, sondern «die dem andern Teil bekannte Absicht».

[50]) In diesem Sinne auch BE XXI, 36, XXVI (2), 78, XXX (2), 18, 22, XXXII (2), 25, XXXIII (2), 99; Jaeger, Art. 288, N. 5; Reichel, Art. 288, N. 2; Martin, p. 346; Brand, S. 155 ff.

[51]) Immerhin darf man in dieser Beziehung nicht soweit gehen wie ZBJV XXXII, 82 (Bern), wo für Familienangehörige des Schuldners, die im gleichen Hause wohnen, eine Art Rechtsvermutung des Erkennenmüssens aufgestellt wird. Dagegen liefert natürlich ein

Schuldner kursierenden Gerüchten oder eingezogenen Informationen[52]) oder endlich in den nähern Umständen des betreffenden Geschäftsabschlusses selbst.[53])

Die schuldnerische Absicht muss für den Anfechtungsbeklagten zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung erkennbar gewesen sein. Hat für ihn ein Vertreter gehandelt, so ist ihm die Kenntnis desselben als eigene anzurechnen.[54])

4. Die Beweislast für alle drei Tatbestandsmerkmale (Rechtshandlung, Benachteiligungsabsicht und Erkennbarkeit der letzteren) liegt dem Anfechtungskläger ob.[55]) Immerhin kann der Natur der Sache nach meistens ein strikter Beweis nicht verlangt werden. Es genügt vielmehr ein blosser Wahrscheinlichkeitsbeweis durch Indizien.[56]) Einen Entlastungsbeweis des Anfechtungsbeklagten sieht B 288 — im Gegensatz zu B 287 — nach keiner Richtung hin vor.[57])

---

solches Verhältnis immerhin gewichtige Indizien für die Annahme der Erkennbarkeit. In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 288. N. 5, sowie BE XXI, 86, XXII, 36, während Brand. S. 157 ff. in der an und für sich berechtigten Polemik gegen die von Bonzanigo, Repertorio XIII. p. 106 aufgestellte Präsumtionstheorie offenbar über das Ziel hinausschiesst, wenn er auch die Zulässigkeit jeder faktischen Vermutung schlechtweg ablehnt.

[52]) Ebenso Jaeger, Art. 288. N. 5.

[53]) So z. B. wenn für Warenlieferungen eines Fabrikanten eine Hypothek bestellt wird, oder bei Pfandbestellung durch einen notorisch überschuldeten Schuldner; vergl. BE XXV (2), 82, XXVI (2), 78, XXX (2), 22, 79.

[54]) Ebenso BE XXVI (2), 78, XXX (2), 22.

[55]) Ebenso BE XXIV (2), 108, XXVIII (2), 17, XXIX (2), 87; Reichel, Art. 288, N 6.

[56]) Vergl. BE XXIV (2), 108, XXV (2), 83; Jaeger, Art. 288, N. 5.

[57]) Ebensowenig bewirkt der Nachweis eines begünstigten Gläubigers, dass seine Forderung gemäss B 219 privilegiert sei, an und für sich keine Befreiung von der Anfechtungsklage. So richtig Jaeger, Art. 288, N. 3, im Gegensatz zu BE XXI, 86.

IX. Kapitel.
Der Nachlassvertrag.

§ 63.
Allgemeine Grundsätze.[1])

I. Der Begriff.

Der Nachlassvertrag stellt nach dem Wortlaute in B 293, Al. 1 eine dem Schuldner durch das Gesetz gewährte Rechtswohltat dar, welche es ihm ermöglicht, mit Zustimmung einer gesetzlich qualifizierten Mehrheit seiner Gläubiger und unter Bestätigung seitens der kompetenten Behörde seine sämtlichen in einem bestimmten Zeitpunkt bestehenden Kurrentschulden auf eine von ihm vorgeschlagene und für ihn vorteilhafte Weise zu tilgen.[2])

Als ein schuldbetreibungsrechtliches Institut kann der Nachlassvertrag deshalb bezeichnet werden, weil sein Zustandekommen geeignet ist, allfällige gegen den Schuldner hängige Betreibungen zu beseitigen. Diese Wirkung macht sich namentlich beim Nachlassvertrage während eines hängigen Konkursverfahrens geltend. Es ist jedoch nach schweizerischem Recht — im Gegensatz zu andern Gesetzgebungen — das Bestehen eines Konkurses oder überhaupt eines Betreibungsverfahrens nicht notwendige Voraussetzung des Nachlassvertrages.[3]) Der letztere dient vielmehr auch

---

[1]) Lit. Secrétan, Du concordat sans faillite préalable; diss. Lausanne. 1887; Keller, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem B, mit einer historischen Einleitung; Diss. Zürich, 1891; Hotz, Der Nachlassvertrag des B, Zürich, 1893; Paschoud, Le concordat préventif de la faillite; diss. Lausanne, 1905; Rossel, De la demande de concordat et du sursis concordataire; Journal des tribunaux, 1896, p. 65 ss.

[2]) Über die historische Entwicklung des Institutes vergl. Secrétan, p. 8 ss.; Keller, S. 7 ff.; Paschoud, p. 13 ss. Nicht zu verwechseln hiemit sind private Akkommodemente, welche der Schuldner mit seinen Gläubigern abschliesst und auf welche B 293 ff. keine Anwendung finden; vergl. BE XXXIII (2), 17.

[3]) Über die analogen Institute im ausländischen Recht, meist «Zwangsvergleich», «concordat» genannt, vergl. Kohler, Lehrbuch, S. 445 ff.; Hellmann, Lehrbuch, S. 523 ff.; Rintelen, Österreichisches Konkursrecht, S. 332 ff. und die dort zit. Literatur.

zur Abwendung allfälliger dem Schuldner drohender zukünftiger Betreibungen und namentlich des Konkurses.[4])

Wird allerdings der Nachlassvertrag im Verlaufe eines hängigen Konkursverfahrens angebahnt und durchgeführt, so übt das letztere, sowie die durch dasselbe bedingte Einstellung des Gemeinschuldners in der Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen einen Einfluss auf die Art und Weise des Zustandekommens des Nachlassvertrages aus und erfordert eine besondere Ausgestaltung einzelner Bestandteile des Nachlassvertragsverfahrens. Man unterscheidet denn auch etwa in der Doktrin zwischen dem Nachlassvertrag im Konkurs und demjenigen ausser Konkurs, bezw. zur Verhinderung des letztern (concordat préventif de la faillite). Die Unterschiede zwischen diesen beiden Fällen sind aber rein äusserlich, verfahrenstechnischer Natur. Zweck und Wirkungen des Nachlassvertrages sind hier wie dort die nämlichen.

II. Struktur und Organisation des Nachlassvertragsverfahrens.

Das Zustandekommen des Nachlassvertrages wird vom Gesetz an ein bestimmt geregeltes Verfahren geknüpft, welches den Zweck hat, einerseits die einzelnen Voraussetzungen des Nachlassvertrages herbeizuführen, anderseits die Gläubiger vor Benachteiligung zu schützen.

1. Das Nachlassvertragsverfahren wird regelmässig angebahnt durch ein dahin zielenden Begehren des Schuldners bei der zuständigen Behörde, welche zu untersuchen hat, ob die Realität des schuldnerischen Vorschlages und die tatsächlichen Verhältnisse die Zulassung eines Nachlassvertrages überhaupt rechtfertigen. Bejaht die Behörde diese Frage, so ordnet sie zugleich die nötigen vorsorglichen Massnahmen an (sog. Bewilligungsverfahren). Nach erteilter Bewilligung hat sich der Schuldner um die Zustimmung seiner Gläubiger zu der von ihm vor-

---

[4]) Als Vorbilder haben hierin dem B die belgische Gesetzgebung sowie die darauf fussenden Spezialgesetze der Kantone Genf und Neuenburg gedient; vergl. Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886, S. 54; Keller, S. 30; Paschoud, p. 61 ss.



geschlagenen Weise einer Deckung seiner Kurrentschulden zu bemühen, wobei das Gesetz wiederum die Einhaltung bestimmter Formen vorsieht (sog. Zustimmungsverfahren).[5]) Sind endlich die Zustimmungen der Gläubiger eingeholt, so hat die kompetente Behörde über die Bestätigung des Nachlassvertrages zu entscheiden (sog. Bestätigungsverfahren).

2. Zur Leitung des Nachlassverfahrens sieht B bestimmte Organe vor:

a. Die Bewilligung, sowie die Bestätigung des Nachlassvertrages steht der Nachlassbehörde zu. Die Bezeichnung derselben ist gemäss B 23, Ziff. 3 Sache der Kantone, welche die einschlägigen Verrichtungen sowohl Gerichts- als auch Verwaltungsbehörden übertragen können (vergl. § 13, III hievor).[6]) Dabei steht es dem kantonalen Gesetzgeber frei, entweder eine einzige oder aber zwei Instanzen vorzusehen.[7])

b. Als besonderes Organ funktioniert im Nachlassvertragsverfahren ferner ein Sachwalter, welcher durch die Nachlassbehörde zu ernennen ist. Und zwar kann als solcher auch der Betreibungsbeamte oder ein Konkursbeamter bezeichnet werden (B 295, Al. 1). Im übrigen stellt das Gesetz keine Vorschriften über die Qualifikation

---

[5]) Die Abmachung mit einem einzigen Gläubiger kann niemals einen Nachlassvertrag im Sinne des B darstellen; vergl. BE XXVIII (2), 48.

[6]) Es kann deshalb eine solche Übertragung prinzipiell auch an diejenigen Behörden stattfinden, welche das kantonale Recht als Aufsichtsbehörde für die Schuldbetreibung gemäss B 13 bezeichnet; immerhin unter Wahrung der Selbständigkeit ihrer Funktionen als Nachlassbehörde.

[7]) B 294, Al. 2, 307, 315, 316 sehen denn auch bestimmte Fälle der Weiterziehung eines Entscheides an die obere Nachlassbehörde vor. Die Ordnung des Weiterziehungsverfahrens ist Sache des kantonalen Rechtes, welches auch die ausserordentlichen Rechtsmittel seines Zivilprozesses, z. B. die Revision, anwendbar erklären kann; vergl. BE XXIV (1), 34, XXVIII (1), 8. Ausgeschlossen ist selbstverständlich die zivilrechtliche Berufung und Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss OG 56 ff.; vergl. BE XXIII, 93.

des Sachwalters auf.[8]) Die Aufgabe des letztern besteht einerseits in der Überwachung des Schuldners, während der Dauer des Zustimmungsverfahrens, anderseits in der Ausübung bestimmter Funktionen im genannten Verfahren (B 295, Al. 2; vergl. § 64, I, Ziff. 4 hienach). Hieraus folgt, dass die rechtliche Stellung des Sachwalters diejenige eines öffentlichen Organs und nicht etwa die eines Parteivertreters der Gläubiger oder des Schuldners ist.[9])

Dem entspricht, dass auf ihn durch B 295, Al. 3 die Bestimmungen, wie sie B 8, 11, 17 hinsichtlich der Betreibungs- und Konkursbeamten aufstellen, als anwendbar erklärt werden. Er hat somit über seine Amtsverrichtungen ein Protokoll zu führen, welches mit Bezug auf Öffentlichkeit und Beweiskraft demjenigen der genannten Amtsstellen gleichsteht (B 8; vergl. § 7, II hievor). Ebenso gilt für ihn das durch B 11 aufgestellte Verbot des Selbstkontrahierens (vergl. § 7, IV, Ziff. 1 hievor). Endlich aber ist gegenüber seinen Verfügungen die Beschwerde gemäss B 17 gegeben. Dieselbe kann sich, da B 295, Al. 3 keine abweichenden Bestimmungen enthält, nicht an die Nachlassbehörde — wie dies vielleicht zweckmässiger wäre — sondern nur an die Aufsichtsbehörde gemäss B 13 richten.[10]) Hinsichtlich der Entschädi-

[8]) Seine Ernennung kann von keiner Seite angefochten werden; vergl. A IV, 123 (Bern); Jaeger, Art. 295, N. 3.

[9]) Sie ist also derjenigen eines ausseramtlichen Konkursverwalters analog (vergl. § 51, III, Ziff. 3 hievor). Ebenso Jaeger, Art. 295, N. 4; Paschoud, p. 218 ss. Unklar Keller, S. 69 ff. welcher einerseits den Sachwalter als den «von der Nachlassbehörde zur Leitung des Nachlassverfahrens delegierten Beamten» bezeichnet, anderseits auf ihn die privatrechtlichen Bestimmungen über das Mandat anwenden will.

[10]) Wie oben auch BE XXVI (1), 48; Jaeger, Art. 295, N. 5; Paschoud, p. 219, während Reichel, Art. 295, N. 6 und Keller, S. 73 f. die Nachlassbehörde als Beschwerdeinstanz bezeichnen. BE XXXI (2), 29 nimmt an, dass, trotzdem in B 295, Al. 2 nur B 17 vorbehalten wird, auch die Weiterziehung der Beschwerde gemäss B 18 und 19 zulässig ist. In jedem Falle aber kann sich die Beschwerde nur gegen eine Verfügung des Sachwalters als solchen, also niemals gegen die Art und Weise der Erfüllung des bestätigten Nachlassvertrages richten, da dieselbe nicht vom Sachwalter ausgeht.

gung des Sachwalters sieht Gebührentarif 51 ff. bestimmte Gebührenansätze vor und ordnet, soweit solche für einzelne Funktionen nicht existieren, die Festsetzung einer Vergütung durch die Nachlassbehörde nach Massgabe der Leistungen im einzelnen Falle an. Dagegen fehlt eine gesetzliche Regelung der Verantwortlichkeit des Sachwalters. Eine solche disziplinarischer Natur darf deshalb nicht angenommen werden, wogegen der Sachwalter für einen in Ausübung seiner Funktionen in rechtswidriger und schuldhafter Weise verursachten Schaden nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften (OR 50 ff.) haftet.[11])

Kein Sachwalter wird ernannt, sofern der Nachlassvertrag von einem im Konkurs befindlichen Schuldner vorgeschlagen wird. Eine Kontrolle über die vermögensrechtlichen Handlungen des Schuldners ist hier nicht nötig, da dem letztern ja die Dispositionsbefugnis über sein Vermögen entzogen ist. Die übrigen Funktionen des Sachwalters dagegen werden durch B 317, Al. 2 der Konkursverwaltung übertragen.

c. In B 300, 302, 304 wird endlich auch eine Gläubigerversammlung vorgesehen. Derselben kommt aber — im Gegensatz zur Gläubigerversammlung im Konkurs — keine Organstellung zu. Sie bildet lediglich eine Zusammenkunft der Gläubiger eines Nachlasschuldners zur Entgegennahme des vom Sachwalter zu erstattenden Berichtes, sowie zur Abgabe der Zustimmungserklärungen (B 302; vergl. § 64, II, Ziff. 1, lit. a hienach).[12])

Beim Nachlassvertrag im Konkurs wird über die Zustimmungserklärung einfach in der zweiten oder einer fernern Gläubigerversammlung des Konkursverfahrens verhandelt (B 317, Al. 1; vergl. § 51, II, Ziff. 5, lit. d hievor).

---

[11]) Ebenso Jaeger, Art. 295, N. 5, während Keller, S. 71 — entsprechend seiner Auffassung von der rechtlichen Stellung des Sachwalters — Haftung aus Mandat annimmt.

[12]) Es gibt deshalb hier auch keinen Gläubigerausschuss in Analogie zu B 237; vergl. BE XXVI (1), 48.

III. Die rechtliche Natur des Nachlassvertrages.

Die verschiedenen Elemente, aus welchen sich der Nachlassvertrag zusammensetzt, lassen die Möglichkeit mannigfacher rechtlicher Konstruktionen des letztern zu.

Die Tatsache, dass die Art der Gläubigerbefriedigung vom Schuldner vorgeschlagen und von den Gläubigern angenommen werden muss, legt in erster Linie die Annahme eines eigentlichen Vertrages nahe, welche denn auch sowohl im gemeinen Recht wie in der modernen Doktrin als die herrschende Meinung bezeichnet werden muss und dem Institut im schweizerischen Recht den Namen gab.[13]) Mit der Vertragstheorie lässt sich jedoch die Zwangswirkung des Institutes auf eine Minderheit nicht zustimmender Gläubiger nur schwer in Einklang bringen, weshalb eine weitere Meinung das Hauptgewicht auf die notwendige behördliche Genehmigung verlegt und sie als Quelle sämtlicher Rechtswirkungen erklärt, was zur Gleichstellung mit einem gerichtlichen Urteil führt (sog. Urteilstheorie).[14]) In richtiger Erkenntnis der Einseitigkeit der beiden soeben genannten Theorien erblickt eine dritte Ansicht im Nachlassvertrag ein besonderes durch speziellen Rechtssatz vorgesehenes Rechtsgeschäft, welches für die Beteiligten eine obligatio ex lege begründet (sog. Rechtsgeschäftstheorie).[15]) Dieser die Eigenart des Institutes überhaupt nicht charakterisierenden Anschauung gegenüber bezeichnet die herrschende Meinung im schweizerischen Recht den

---

[13]) Vergl. Hellmann, Lehrbuch, S. 644 ff., sowie die bei Rintelen, Österreichisches Konkursrecht, S. 354, Note 2 und Keller, S. 118 ff. zit. Autoren. Für das schweizerische Recht vertritt die Vertragstheorie Paschoud, p. 189 ss. Gegen ihn Leemann, Zur Frage der Rechtsnatur des Nachlassvertrages, SchwJZ III, 145 ff.

[14]) Dieselbe wurde — für den deutschen Zwangsvergleich — begründet durch Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, S. 118 ff.; vergl. dazu Keller, S. 119 ff; Paschoud, p. 282 ss. und die dort zit. Literatur.

[15]) Begründer dieser Theorie ist Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1. Band, 1891, S. 223. Für das schweizerische Recht wird sie adoptiert von Keller, S. 121 ff.

Nachlassvertrag als eine den Bedürfnissen des Schuldners besonders Rechnung tragende, seine wirtschaftliche Existenz möglichst schonende Art der Zwangsvollstreckung, bezw. als ein Surrogat der letztern, welches — nach dem Wortlaut in B 293, Al. 1 — als Rechtswohltat an Stelle der ordentlichen Exekution tritt, sofern die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind (sog. Verfahrenstheorie).[16]) Für die Richtigkeit dieser Konstruktion spricht die ganze Struktur des Institutes in unserer Gesetzgebung.

§ 64.
Das Nachlassvertragsverfahren.

I. Das Bewilligungsverfahren.

Voraussetzung einer Anbahnung des Nachlassvertrages ist regelmässig eine vom Schuldner nachzusuchende Bewilligung der Nachlassbehörde.

1. Das Begehren um Erteilung der Bewilligung zum Abschluss eines Nachlassvertrages kann gemäss B 293 von jedem Schuldner ausgehen, d. h. von jedem rechtsfähigen Subjekt, welches der Schuldbetreibung unterliegt (vergl. § 15, III, Ziff. 1 hievor).[1]) Es ist bei der Nachlassbehörde anzubringen.

---

[16]) Vergl. Reichel, Art. 293, N. 2, sowie in ZBJV XXVIII, 380 ff.; Jaeger, Art. 293, N. 2; Leemann, a. a. O.; SchwJZ III, 145; Martin, p. 363; BE XXV (2), 115, XXVI (2), 27, XXVIII (2), 68, XXXIII (1), 74; für das österreichische Recht, Rintelen, S. 355 ff.

[1]) In diesem Sinne die herrschende Meinung; vergl. Reichel, Art. 293, N. 3 und 12; Jaeger, Art. 293, N. 1; Martin, p. 364; Keller, S. 46 ff.; Paschoud, p. 90 ss; Rossel, a. a. O, Journ. d. trib., 1896, p. 68. Dagegen bestreitet Brüstlein, A V, 36, welcher sich auf Eugen Huber beruft, die Zulässigkeit eines Nachlassvertrages für Aktiengesellschaften und Genossenschaften mit der Begründung, dass für diese durch OR 657 und 704 die Anrufung des Konkurses vorgeschrieben werde, sobald die Aktiven durch di Passiven überstiegen werden. Diesen Bestimmungen geht aber jedenfalls die jüngere Vorschrift in B 293, welche die Rechtswohltat des Nachlassvertrages jedem Schuldner gewährt, vor; vergl. A II, 59, sowie die oben zit. Literatur. Dagegen sind für eine Aktiengesellschaft niemals die einzelnen Aktionäre oder gar die Gläubiger zur Anregung eines Nachlassvertrages legitimiert; vergl. BE XXXIV (1).

Der Zeitpunkt der Antragsstellung wird im Gesetz nicht fixiert. Das Begehren kann also sowohl während des Verlaufes einer Zwangsvollstreckung, als auch vor derselben erfolgen. Ein der Konkursbetreibung unterliegender Schuldner wird gemäss B 160, Al. 2 in der Konkursandrohung ausdrücklich auf seine Befugnis, einen Nachlassvertrag vorzuschlagen, aufmerksam gemacht (vergl. § 43, II, Ziff. 4, lit. e hievor). Aber auch nach durchgeführter Schuldbetreibung — handle es sich dabei um einen Konkurs oder eine andere Betreibungsart — kann der Schuldner mit seinen zu Verlust gekommenen Gläubigern einen Nachlassvertrag abschliessen, da es sich auch hier um gewöhnliche Schuldverhältnisse handelt.[2])

2. Den Hauptbestandteil des Begehrens bilden die in B 293 genannten Belege.

22. In A II, 59 wird die Zulässigkeit eines Nachlassvertrages gemäss B 293 auch für eine Eisenbahngesellschaft angenommen. Dies erscheint als zweifelhaft, da gemäss B 30, Ziff. 1 für ihre Liquidation B regelmässig nicht anwendbar ist (vergl. § 14, II, Ziff. 1, lit. a hievor). A. M. Rossel, a. a. O., Journ. d. trib., 1896, p. 68. Die Frage endlich, ob die Erben nach Ausschlagung der Erbschaft mit den Erbschaftsgläubigern einen Nachlassvertrag abschliessen können, ist (mit Brüstlein, A I, 48 und Paschoud, p. 200 ss.) ohne weiteres zu verneinen; A. M. Jaeger, Art. 293, N. 3.

[2]) Ebenso A IV, 69 (Betreibungsrat), Brüstlein in der Anmerkung zu A IV, 106; Paschoud, p. 203 ss.; Brand, Zulässigkeit eines Nachlassvertrages mit Verlustscheingläubigern (A XII, 15); Deuss, Zur Frage der Zulässigkeit eines Nachlassvertrages mit Verlustscheingläubigern (A XII, 42). A. M. Jaeger, Art. 293, N. 1, BE XXIII, 93, A IV, 106 (St. Gallen), welche in einem solchen Nachlassvertrag teils einen Widerspruch gegenüber B 26, Al. 2 (Rehabilitation), teils gegenüber B 265 (Verlustschein) erblicken. Weder das eine noch das andere Bedenken scheint mir haltbar zu sein. Der Abschluss eines Nachlassvertrages ist die gesetzlich zulässige Form für eine Befriedigung sämtlicher Kurrentgläubiger. Sie ist also eine der in B 26, Al. 2 vorgesehenen Voraussetzungen der Rehabilitation. Aber auch die Ausstellung eines Verlustscheins hindert den Schuldner nicht, seine Gläubiger freiwillig für den zu Verlust gekommenen Betrag zu decken. Mangels einer entgegenstehenden Gesetzesvorschrift kann er deshalb hiezu auch die Form des Nachlassvertrages wählen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen eines solchen gegeben sind.

a. Einzureichen ist vor allem der Entwurf eines Nachlassvertrages (B 293, Al. 1). Derselbe muss in genauer Formulierung die Vorschläge enthalten, welche der Schuldner seinen Kurrentgläubigern mit Bezug auf ihre Befriedigung macht. Ueber die Gestaltung dieser Vorschläge vergl. § 65, I, Ziff. 1 hienach.[3])

b. Dem Entwurf muss eine Bilanz beigelegt werden, aus welcher die Vermögenslage des Schuldners ersichtlich ist (B 293, Al. 1). Die Bilanz muss also sowohl die Aktiven als auch die Passiven genau angeben, weil eine solche Angabe für eine zuverlässige Prüfung der Annahmemöglichkeit durch die Nachlassbehörde erforderlich ist.[4])

c. Wenn der Schuldner gemäss OR 877 zur Eintragung ins Handelsregister und deshalb auch zur kaufmännischen Buchführung verpflichtet ist, so hat er im fernern auch ein Verzeichnis seiner Geschäftsbücher einzureichen (B 293, Al. 1).[5])

d. Erforderlich ist endlich die vorläufige Zustimmungserklärung einer Mehrheit der Gläubiger zum Nachlassvertragsentwurf. Auf das Begehren kann nämlich nur dann eingetreten werden, wenn die Mehrheit der Gläubiger dem Entwurfe unterschriftlich beistimmt und zugleich die auf diese Mehrheit entfallende Forderungssumme die Hälfte des Gesamtbetrages der Forderungen übersteigt. Die pfandversicherten und privilegierten Gläubiger und die Ehefrau des Schuldners, sowie deren Forderungen werden hiebei nicht mitgerechnet (B 293, Al. 2).[6])

---

[3]) Vergl. Jaeger, Art. 293, N. 4; Keller, S. 50 f., BE XXV (2), 112.

[4]) Ebenso Jaeger, Art. 293, N. 5; Keller, S. 51.

[5]) Dieses Verzeichnis ist also nicht erforderlich bei einem Schuldner, welcher sich freiwillig ins Handelsregister eintragen liess, oder, ohne eingetragen zu sein, eine kaufmännische Buchführung besitzt; vergl. Jaeger, Art. 293, N. 6 und die dort zit. Judikatur.

[6]) Die Forderungen der Ehefrau fallen ohne Rücksicht auf ihre Privilegierung im ganzen Umfange ausser Betracht; vergl. Jaeger, Art. 293, N. 12; Keller, S. 53. Über den Begriff der pfandversicherten und privilegierten Gläubiger vergl. unten II, Ziff. 3, lit. a.

Eine bestimmte Form für die Zustimmung der Gläubiger sieht das Gesetz nicht vor. Notwendig ist lediglich, dass der Wille des Gläubigers, dem vorgelegten Nachlassvertragsentwurf beizustimmen, aus seiner Erklärung unzweideutig hervorgeht.[7]) Die Zustimmung eines Gläubigers zum Entwurfe verpflichtet den erstern nicht zur Annahme des Nachlassvertrages (B 293, Al. 3). Wird also später der definitive Entwurf den Gläubigern gemäss B 302 zur endgültigen Zustimmung vorgelegt, so ist der Gläubiger in seiner Entschliessung nach wie vor frei.

3. Der Entscheid der Nachlassbehörde über das Eintreten auf das Begehren wird nach Anhörung des Schuldners gefällt (B 294, Al. 1). Eine Einvernahme der Gläubiger oder dritter Personen ist gesetzlich nicht vorgesehen, kann aber stattfinden, sofern es die Nachlassbehörde zu ihrer eigenen Orientierung als angezeigt erachtet. Ein Recht auf Einvernahme haben aber die genannten Personen im Gegensatz zum Schuldner nicht.[8]) Im übrigen ist die Ausgestaltung des Verfahrens Sache der Kantone.[9]) Bundesrechtlich wird lediglich vorgesehen, dass da, wo eine obere Nachlassbehörde besteht, der Entscheid der untern Behörde innerhalb zehn Tagen nach dessen Mitteilung an jene weitergezogen werden kann (B 294, Al. 2). Zu dieser Weiterziehung ist der Schuldner einzig legitimiert, da nur er im Verfahren Parteistellung einnimmt.[10])

---

[7]) Jaeger, Art. 294, N. 4 und Rossel, a. a. O., p. 67, nehmen daher die Hinfälligkeit der Zustimmungserklärung an, sofern zwischen ihrer Abgabe und der Anbringung des Begehrens bei der Nachlassbehörde zu lange Zeit verstrichen ist, weil die Verhältnisse des Schuldners u. U. nicht mehr die gleichen sind, wie zur Zeit der gegebenen Zustimmungserklärung.

[8]) Ebenso Rossel, a. a. O., Journ. d. trib. 1896, p. 74; Paschoud, p. 213 ss.

[9]) Vergl. auch BE XXVIII (1), 8. Die Gebühren werden durch Tarif 51 geregelt.

[10]) Ebenso A II, 28 (Zürich); Reichel, Art. 294, N. 6; Jaeger, Art. 294, N. 7, sowie die dortigen Zitate. Vor oberer Instanz hat der Schuldner dann ein Recht auf Einvernahme, wenn dies entweder durch das kantonale Recht vorgesehen wird, oder wenn seine Abhörung vor erster Instanz nicht protokolliert wurde, so dass seine

Bei der Fällung des Entscheides sind die Vermögenslage des Schuldners, der Stand seiner Buchführung, sein Geschäftsgebahren und die Ursachen der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten in Berücksichtigung zu ziehen (B 294, Al. 1). Auf das Gesuch wird also nicht eingetreten, wenn die Buchführung, zu welcher der Schuldner von Gesetzes wegen verpflichtet war, nicht in Ordnung ist und deshalb einen richtigen Ueberblick über den Vermögensstand nicht gewährt; ferner dann nicht, wenn das bisherige Geschäftsgebahren des Schuldners derart war, dass es auf unreelle Absichten auch bei Abschluss des Nachlassvertrages schliessen lässt, sowie endlich dann nicht, wenn der Schuldner durch Verschwendung, luxuriöse Lebensweise oder unsinnige Spekulation seine missliche Vermögenslage selbst verschuldet hat.[11]) Ebenso ist ein Eintreten auf das Begehren dann abzulehnen, wenn der vorgeschlagene Abfindungsmodus in keinem Verhältnis zu den vorhandenen oder noch zu erwartenden Mitteln des Schuldners steht, sowie umgekehrt dann, wenn die Möglichkeit einer Erfüllung der gemachten Versprechungen offensichtlich ausgeschlossen oder doch sehr zweifelhaft ist.[12])

4. Die Wirkungen der erteilten Bewilligung machen sich nach verschiedenen Richtungen hin geltend.

a. Tritt die Nachlassbehörde auf das Begehren des Schuldners ein, so gewährt sie dem letztern gemäss B 295, Al. 1 eine Stundung von zwei Monaten (Nachlassstundung). Dieselbe kann auf Antrag des Sachwalters um höchstens zwei Monate verlängert werden (B 295, Al. 4).[13])

Aussagen der obern Behörde nicht zur Kenntnis kamen; vergl. BE XXVI (1), 82.

[11]) Vergl. auch Jaeger, Art. 294, N. 4; Keller, S. 56 f.; Martin, p 367; Paschoud, p. 105 ss.

[12]) Vergl. Jaeger, Art. 294, N. 2, ZBJV XXXV, 657 (Bern), BIIE XII, 302 (Zürich). Dem Gläubiger steht gegenüber dem Zuspruch des Begehrens kein Rechtsmittel zu; vergl. A VIII, 30 (Bern).

[13]) Wenn der Nachlassvertrag vor Ablauf der Nachlassstundung zur Bestätigung vorgelegt wird, so dauert die Einstellung der Betreibungen weiter, auch wenn während der Dauer der Stundung der Bestätigungsentscheid nicht erfolgt; vergl. BE XXXIII (1), 133, A III, 9.

Die Bewilligung der Stundung wird öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungsamte, sowie dem Grundbuchführer mitgeteilt (B 296; ZGBE 60). Über den Widerruf der Nachlasstundung vergl. unten lit. c, aa und bb.

Die Nachlasstundung äussert sich in folgender Weise:

aa. Sie gehört zu den zeitlichen Unterbrechungsgründen der Betreibung (B 56, Ziff. 4; vergl. § 19, II, Ziff. 4 hievor). Während der Stundung kann gegen den Schuldner eine Betreibung weder angehoben noch fortgesetzt werden (B 297). Eine während der Stundung vorgenommene Betreibungshandlung ist seitens des Schuldners anfechtbar (vergl. § 19, I und III hievor), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob zur Zeit ihrer Vornahme die Stundung bereits gemäss B 296 publiziert war oder nicht.[14]) Die Vollstreckungsbehörden sind dabei nicht befugt, die Zulässigkeit oder Gesetzmässigkeit der erteilten Nachlasstundung zu überprüfen.[15])

Die Einleitung sowie die Fortführung von Zivilprozessen gegenüber dem Schuldner wird durch die Nachlasstundung nicht berührt.[16])

bb. Das natürliche Gegenstück zu der eben angeführten Wirkung der Nachlasstundung ist die Hemmung des Laufes jeder Verjährungs- und Verwirkungsfrist, welche durch Betreibung unterbrochen werden kann (B 297).

[14]) Ferner auch dann, wenn die Betreibungshandlung von Rechts wegen schon vor Eintritt der Stundung hätte erfolgen sollen (vergl. A VIII, 97) oder wenn sie auf Pfandverwertung geht; vergl. SchwJZ III, 176 (Zürich). Dagegen nimmt die Praxis mit Recht an, dass die Nachlasstundung die einmal erfolgte Konkurseröffnung nicht rückgängig machen und den Lauf des Konkursverfahrens nicht hemmen kann; vergl. BE XXVI (1), 31, A XI, 110. Im fernern unterbricht die Stundung nicht die einem Gläubiger zur Vornahme betreibungsrechtlicher Vorkehren gesetzten Fristen; vergl. BE XXXIII (1), 83. Die Verteilung eines bereits realisierten Verwertungserlöses wird, da hiebei keine eigentliche Betreibungshandlung in Frage steht, durch die Nachlasstundung nicht ausgeschlossen; vergl. ZBJV XXXVIII, 553 (Bern).

[15]) Vergl. die Zitate in Note 14 hievor, sowie BE XXXIII (1), 74.

[16]) Ebenso BE XXXI (2), 39.

Es sollen eben neben den berechtigten Interessen des Schuldners auch diejenigen des Gläubigers gewahrt werden. «Verwirkungsfristen», wie sie B 297 nennt, welche durch Betreibung unterbrochen werden könnten, werden schwerlich zu finden sein, da eben die Unmöglichkeit einer Unterbrechung ein typisches Merkmal der Verwirkungsfrist im technischen Sinne bildet. Das gleiche gilt auch von der gesetzlichen Befristung materiellrechtlicher Ansprüche.[17]) Dagegen können aus dem Betreibungsrecht die in B 88, Al. 2, 154, Al. 1, 166, Al. 2 für die Fortsetzung einer Betreibung vorgesehenen Fristen in Betracht fallen, weil hier zwar nicht eine Unterbrechung der Frist durch Betreibung stattfindet, wohl aber das Recht auf die angehobene Betreibung durch nicht rechtzeitige Fortsetzung der letztern verloren geht.

b. Eine zweite Folge der von der Nachlassbehörde erteilten Bewilligung ist die Bestellung des Sachwalters (B 295, Al. 1; vergl. § 63, II, Ziff. 2, lit. b hievor). Seine Obliegenheiten werden im Gesetz genau und abschliessend geregelt.

aa. Es gehört dazu vor allem die Feststellung des schuldnerischen Vermögens in seinen Aktiven und Passiven.

Zur Feststellung der Aktiven nimmt der Sachwalter sofort nach seiner Ernennung ein Inventar über sämtliche Vermögensbestandteile des Schuldners auf und schätzt die einzelnen Vermögensstücke (B 299). Zu inventarisieren sind dabei sämtliche Vermögenswerte, also auch die Kompetenzstücke und ferner allfällige Erbanwartschaften des Schuldners.[18])

Zur Ermittlung der Passiven erlässt der Sachwalter

---

[17]) Vergl. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten, S. 82 und 87 ff. Als Beispiel einer gesetzlichen Befristung, welche durch die Nachlassstundung nicht unterbrochen wird, führt BE XXX (2), 18 die durch B 287, Al. 1 vorgesehene Frist an.

[18]) Ebenso Jaeger, Art. 299, N. 3; Reichel, Art. 299, N. 1; Keller, S. 75; Rossel, a. a. O., Journ. des trib., 1896, p. 82.



einen sogenannten Schuldenruf, indem er durch öffentliche Bekanntmachung die Gläubiger auffordert, ihre Forderungen binnen zwanzig Tagen einzugeben mit der Androhung, dass sie im Unterlassungsfalle bei den Verhandlungen über den Nachlassvertrag nicht stimmberechtigt wären (B 300, Al. 1). Als Gläubiger kommen dabei alle diejenigen und nur diejenigen in Betracht, welche im Konkursfall Konkursgläubiger wären. Es gehören also hieher auch die privilegierten und pfandversicherten Forderungen (arg. B 306, Ziff. 3);[19]) dagegen nicht die Aussonderungsansprüche.

Die in B 300, Al. 1 vorgesehene Androhung hat den Sinn, dass die Stimmen der Gläubiger, welche sich nicht oder nicht rechtzeitig anmelden, weder für die Annahme noch für die Ablehnung des Nachlassvertrages in Betracht fallen. Die betreffenden Gläubiger gelten also, was den Abschluss des Nachlassvertrages anbelangt, als gar nicht vorhanden, weshalb für ihre Forderungen gegebenenfalls vom Schuldner auch keine Hinterlegung oder Sicherheitsleistung gemäss B 306, Ziff. 3 zu machen ist.[20])

Der Sachwalter holt die Erklärung des Schuldners über die eingegebenen Forderungen ein (B 301). Diese Erklärung ist massgebend für die Art und Weise der Behandlung einer Forderung nach Bestätigung des Nachlassvertrages (vergl. § 65, I, Ziff. 4 hienach).

bb. Dem Sachwalter liegt im weitern die Kontrolle über die Geschäftsgebahrung des Schuldners während der Nachlasstundung ob (vergl. unten lit. c).

cc. Endlich hat er die nötigen Vorkehren für die Einleitung und Durchführung des Zustimmungsverfahrens zu treffen (vergl. unten II, Ziff. 1).

---

[19]) Ebenso Jaeger, Art. 300, N. 2; Reichel, Art. 300, N. 3; Keller, S. 70. Die Praxis sieht dabei eine analoge Anwendung der Vorschriften in B 217 vor (vergl. § 48, III, Ziff. 2 hievor), d. h. sie lässt den Gläubiger seine ganze Forderung anmelden, trotzdem er für dieselbe teilweise von einem Mitverpflichteten des Schuldners befriedigt wurde. Daneben kann aber der Mitverpflichtete selbst seinen Anspruch nicht auch noch anmelden; vergl. BE XXV (2), 115; ZBJV XLIII, 507 (Bern).

[20]) Vergl. die in Note 19 zit. Autoren.



c. Als letzte Wirkung der erteilten Bewilligung tritt eine gewisse Beschränkung des Schuldners in seiner vermögensrechtlichen Handlungsfreiheit ein. Er verliert zwar nicht schlechtweg — wie der Konkursschuldner — die Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen, muss sich aber in derselben bestimmte Einschränkungen gefallen lassen. Dieselben äussern sich nach zwei Richtungen hin:

aa. Gemäss B 298, Al. 1 ist dem Schuldner nur unter Aufsicht des Sachwalters gestattet, sein Geschäft fortzubetreiben. Der Sachwalter hat an und für sich zwar keine Rechtshandlungen für den Schuldner vorzunehmen; es steht ihm auch keinerlei Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen und Geschäft zu.[21]) Dagegen hat er darüber zu wachen, dass der Schuldner keine Handlungen vornimmt, welche die Interessen der Gläubiger schädigen oder gefährden könnten. Er kann zur Vermeidung solcher Schädigungen dem Schuldner zweckdienliche Weisungen erteilen, welche jener gemäss B 295, Al. 3 auf dem Beschwerdeweg anfechten kann (vergl. § 63, II, Ziff. 2, lit. b hievor).[22]) Der Sachwalter hat freilich keinerlei Mittel, die Befolgung seiner Weisungen zu erzwingen. Handelt jedoch der Schuldner denselben zuwider, so macht der Sachwalter der Nachlassbehörde hievon Anzeige, und diese kann nach Anhörung des Schuldners die Nachlasstundung widerrufen (B 298, Al. 2). Mit einem derartigen Widerruf fällt die Möglichkeit des Abschlusses eines Nachlassvertrages schlechtweg dahin. Seine Wirkung ist also gleich derjenigen einer Nichtbestätigung des Nachlassvertrages, weshalb B 298, Al. 2 hier die Regeln, wie sie B 307 und 308 hinsichtlich der Weiterziehung und Bekanntmachung des definitiven Nachlassentscheides aufstellt, als anwendbar erklärt (vergl. unten III). Es kann im weitern, gleich wie bei der Verwerfung des Nachlassvertrages, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt, jeder Gläubiger binnen zehn Tagen nach der Bekanntmachung des Widerrufes die sofortige

[21]) In diesem Sinne auch BE XXVI (1), 48.

[22]) Vergl. Jaeger, Art. 298, N. 1; Keller, S. 65 ff.; Paschoud, p. 112 ss.

Konkurseröffnung verlangen (B 309; vergl. § 45, II, Ziff. 1, lit. c, bb hievor).

bb. Eine zweite Folge der beschränkten Dispositionsfähigkeit des Schuldners beruht in der Ungültigkeit gewisser von ihm vorgenommener Rechtshandlungen. Nach der öffentlichen Bekanntmachung der Nachlasstundung kann nämlich der Schuldner nicht mehr in rechtsgültiger Weise Liegenschaften veräussern oder belasten,[23]) Pfänder bestellen, Bürgschaften eingehen und unentgeltliche Verfügungen treffen (B 298, Al. 1). Die hier gegebene Aufzählung der verbotenen Handlungen muss als abschliessend betrachtet werden.[24])

Die Wirkung einer Vornahme untersagter Rechtshandlungen durch den Schuldner ist eine doppelte: Einerseits sind diese Handlungen absolut ungültig, so dass sich jedermann — sogar der Schuldner selbst — auf ihre Ungültigkeit berufen kann.[25]) Anderseits hat der Sachwalter von ihrer Vornahme der Nachlassbehörde Anzeige zu machen, welche nach Anhörung des Schuldners die Nachlasstundung widerrufen kann (B 298, Al. 2; vergl. oben lit. aa in fine).

5. Beim Nachlassvertrag im Konkurs fällt das Bewilligungsverfahren und damit auch seine Wirkung als solche weg. Sobald nämlich einmal der Konkurs eröffnet ist, hat der Schuldner jederzeit das Recht, seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag vorzuschlagen (arg. B 160, Al. 2, 317, Al. 1). Er hat zu diesem Zwecke einfach der Konkursverwaltung einen Nachlassvertragsentwurf zu Handen der Gläubigerversammlung zu übermitteln. Die Beilegung einer Bilanz, bezw. eines Verzeichnisses der Geschäftsbücher gemäss B 293, Al. 1 ist nicht erforderlich, da ja die ein-

[23]) Es wird denn auch im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung gemäss ZGB 960, Ziff. 2 vorgemerkt.

[24]) So auch Jaeger, Art. 298, N. 3; Keller, S. 67. Zu den unentgeltlichen Verfügungen rechnet BE XXXIV (2), 80 auch den Verzicht auf eine Verjährungseinrede. Das Verbot der Verpfändung bezieht sich natürlich nicht auf die Entstehung gesetzlicher Pfandrechte; a. M. SchwJZ IV, 47.

[25]) Ebenso Jaeger, Art. 298, N. 3; Reichel, Art. 298, N. 2; BE XXVI (1), 48, XXX (1), 144.

schlägigen Tatsachen der Konkursverwaltung selbst bekannt sind. Ebensowenig bedarf es der vorläufigen Zustimmungserklärung der Gläubiger gemäss B 293, Al. 2.[26])

Umgekehrt aber kann hier dem Schuldner keine Nachlasstundung gewährt werden.[27]) Das Konkursverfahren wird durch den Vorschlag eines Nachlassvertrages nicht eingestellt, der Verlust der Dispositionsfähigkeit des Schuldners dauert nach wie vor an. Dagegen kann schon die erste Gläubigerversammlung die Verwertung des Konkurssubstrates einstellen (B 238, Al. 2; vergl. § 51, II, Ziff. 5, lit. d hievor.[28])

II. Das Zustimmungsverfahren.

Die Einholung der definitiven Gläubigerzustimmung zum vorgeschlagenen Nachlassvertrag wird in einem gesetzlich geregelten Verfahren unter Leitung des Sachwalters durchgeführt.

1. Zur Orientierung der Gläubiger sieht das Gesetz zwei Massnahmen vor: Die Aktenauflegung und die Gläubigerversammlung.

a. Die Gläubigerversammlung wird vom Sachwalter durch die nämliche Bekanntmachung einberufen, in welcher er den Schuldenruf erlässt (vergl. oben I, Ziff. 4, lit. b, aa). Sie soll frühestens nach einem Monat seit ergangener Einberufung stattfinden (B 300, Al. 2).[29])

Teilnahmeberechtigt ist beim Schweigen des Gesetzes jedermann; eine Prüfung der Legitimation wird nicht vorgesehen.[30]) Stimmberechtigt dagegen, d. h. zur

[26]) Ebenso Jaeger, Art. 317, N. 2; BlHE XIII, 196.

[27]) Vergl. BE XXVI (1), 31, sowie Martin, p. 404.

[28]) Gegen die Verweigerung einer solchen Einstellung kann der Schuldner Beschwerde führen; vergl. A III, 107; a. M. Brüstlein in der Anmerkung hierzu.

[29]) Sowohl Keller, S. 97, als auch Jaeger, Art. 300, N. 8 weisen richtig darauf hin, dass die Gläubigerversammlung regelmässig nicht binnen Monatsfrist wird abgehalten werden können, da bereits die Eingabefrist zwanzig Tage und die Aktenauflegungsfrist zehn Tage dauert, während auch noch das Verzeichnis der eingegebenen Forderungen ausgearbeitet werden muss.

[30]) A. M. Keller, S. 82 ff., welcher irrtümlicherweise keinen Unterschied zwischen dem Recht zur Teilnahme und dem Stimm-

Abgabe einer Zustimmungserklärung befugt, sind nur diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen gemäss B 300, Al. 1 rechtzeitig angemeldet haben (vergl. oben I, Ziff. 4, lit. b, aa).

Die Leitung der Verhandlungen in der Gläubigerversammlung liegt dem Sachwalter ob (B 302, Al. 1). Ein Bureau — wie in der Gläubigerversammlung des Konkursverfahrens — ist nicht vorgesehen, da hier weder über Legitimationen zu entscheiden ist, noch auch eine eigentliche Abstimmung stattfindet.

Als Zweck der Gläubigerversammlung nennt B 300, Al. 2 die Beratung des Nachlassgesuches. Dieselbe wird eingeleitet durch eine Berichterstattung des Sachwalters über die Vermögenslage des Schuldners (B 302, Al. 1). Die Grundlage hierzu liefern einerseits das gemäss B 299 errichtete Inventar, sowie das Verzeichnis der gemäss B 300, Al. 1 angemeldeten Forderungen, anderseits die Beobachtungen, welche der Sachwalter bei seiner Aufsicht über die Geschäftsführung des Schuldners gemäss B 298, Al. 1 gemacht hat. Überdies aber ist der Schuldner gehalten, seinerseits der Versammlung beizuwohnen, um ihr auf Verlangen Aufschlüsse zu erteilen (B 302, Al. 2).[31])

An die Berichterstattung des Sachwalters kann sich eine Diskussion der Gläubiger über den Nachlassvertrag anschliessen. Irgend welche Beschlüsse dagegen sind nicht zu fassen.[32]) Namentlich aber steht der Gläubigerversammlung keinerlei Verfügung über das Vermögen des Schuldners und seine Liquidation zu.

b. Die Aktenauflegung findet während zehn Tagen vor der Gläubigerversammlung statt und wird in der Ein-

recht macht; sondern alle nicht angemeldeten Gläubiger samt den privilegierten Gläubigern und der Ehefrau des Schuldners ausschliesst.

[31]) Das Ausbleiben des Schuldners hindert natürlich die gültige Abhaltung der Versammlung nicht, wogegen auch keine Zwangsmittel gegenüber dem Ausgebliebenen gegeben sind.

[32]) Es ist deshalb auch eine Beschwerdeführung gegenüber der Gläubigerversammlung begrifflich nicht denkbar; vergl. ZBJV XXXI, 24 (Bern).

berufungspublikation zur letztern bekannt gemacht (B 300, Al. 2). Sie umfasst alle Akten, welche bisher im Nachlassvertragsverfahren errichtet wurden: Bewilligungsgesuch, Nachlassvertragsentwurf nebst Bilanz, Bewilligungsbeschluss, Inventar und Verzeichnis der angemeldeten Forderungen. Der Ort der Auflegung wird beim Schweigen des Gesetzes durch den Sachwalter bestimmt. Die Einsichtnahme ist nur Gläubigern und Gläubigervertretern gestattet.

2. Die Zustimmung zum Nachlassentwurf kann gültig nur von denjenigen Gläubigern erklärt werden, welche ihre Forderungen gemäss B 300, Al. 1 angemeldet haben (vergl. oben I, Ziff. 4, lit. b, aa). Sie muss immer unterschriftlich erfolgen und zwar kann dies entweder geschehen in der Gläubigerversammlung, wo der Nachlassvertragsentwurf den versammelten Gläubigern zur Genehmigung vorgelegt wird, oder auch innerhalb zehn Tagen nach der Versammlung (B 302, Al. 3 und 4).[33]) Daraus folgt, dass die Zustimmung der Gläubiger auch in der Gläubigerversammlung nicht durch eine allgemeine Abstimmung zu ermitteln ist.

3. Die Wirkung der erteilten Zustimmung macht sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

a. Dem Schuldner gegenüber stellt sie die Genehmigung des Nachlassvertrages durch den betreffenden Gläubiger dar. Und zwar gilt der Nachlassvertrag als angenommen, wenn zwei Dritteile der Gläubiger demselben zugestimmt haben und die von ihnen vertretene Forderungssumme zwei Dritteile des Gesamtbetrages der Forderungen ausmacht (B 305, Al. 1).[34]) Sowohl die in

[33]) Die in B 302, Al. 3 festgestellte Frist wird in Theorie und Praxis mit Recht als blosse Ordnungsfrist betrachtet, deren Einhaltung für die Gültigkeit der nachträglich eingereichten Zustimmungserklärungen unerheblich ist. Es genügt, wenn die letztern vor der Fällung des Bestätigungsentscheides gemäss 304, Al. 2 einlangen; vergl. Jaeger, Art. 302, N. 7 und die dortigen Zitate.

[34]) Die Forderungssumme wird für jeden Gläubiger gebildet durch Hauptforderung und Zinsanspruch, soweit angemeldet. Für verschiedene Forderungen steht dem Gläubiger nur eine Stimme zu, die einmal erteilte Zustimmung ist unwiderruflich; vergl. Reichel, Art. 305, N. 2.

Berechnung fallende Anzahl der Gläubiger als auch der Gesamtbetrag der Forderungen setzt sich dabei von vornherein nur aus denjenigen zusammen, welche auf den Schuldenruf hin gemäss B 300, Al. 1 angemeldet wurden. Die übrigen gelten für die Feststellung des Zustimmungsverhältnisses als gar nicht vorhanden (vergl. oben I, Ziff. 4, lit. b, aa). Überdies aber fallen gewisse Gläubiger mit ihren Ansprüchen auch dann ausser Betracht, wenn sie angemeldet sind. Die privilegierten Gläubiger nämlich und die Ehefrau des Schuldners werden weder für ihre Person, noch für ihre Forderung mitgerechnet; pfandversicherte Forderungen zählen nur zu demjenigen Betrage mit, welcher nach Schätzung des Sachwalters ungedeckt ist (B 305, Al. 2, vergl. § 65, I, Ziff. 2, lit. b hienach). Als privilegierte Gläubiger gelten dabei die in B 219 aufgezählten (vergl. § 49, III hievor), während die Ehefrau des Schuldners sowohl hinsichtlich ihrer privilegierten, als auch der nichtprivilegierten Ansprüche ausgeschieden wird.[35]) Unter die Pfandgläubiger im Sinne des Gesetzes endlich sind alle diejenigen zu rechnen, für deren Forderung ein Vorzugsrecht gemäss B 37 (ZGBE 60) haftet (vergl. § 38, II, Ziff. 1 hievor).[36])

Die Nachlassbehörde entscheidet, ob und zu welchem Betrage bedingte Forderungen und solche mit ungewisser Verfallzeit, sowie bestrittene Forderungen mitzuzählen sind (B 305, Al. 3). Dies geschieht anlässlich der Fällung des Bestätigungsentscheides gemäss B 304, Al. 2, wobei die Nachlassbehörde auf die grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit abzustellen hat, welche dafür spricht, dass der Schuldner die betreffende Forderung zu bezahlen haben wird. In jedem Falle aber hat diese Feststellung der Nachlassbehörde nur betreibungsrechtliche

[35]) Ebenso Reichel, Art. 305, N. 3; Jaeger, Art. 305, N. 4 und 5; Keller, S. 82; Paschoud, p. 33.

[36]) Durch Verzicht auf Privileg oder Pfandrecht, welcher in der Forderungseingabe gemäss B 300, Al. 1 auszusprechen ist, werden die betreffenden Gläubiger den Kurrentgläubigern mit Bezug auf die Berechnung des Quorums gleichgestellt; vergl. Jaeger, Art. 305, N. 4; BE XXVIII (2), 68.

Bedeutung.[37]) Dem gerichtlichen Entscheid über den Rechtsbestand der Forderungen wird dadurch — wie B 305, Al. 3 ausdrücklich bemerkt — nicht vorgegriffen.

b. Den Mitverpflichteten des Schuldners (Mitschuldnern, Bürgen und Gewährspflichtigen) gegenüber hat die erteilte Zustimmung des Gläubigers regelmässig die Wirkung, dass im Falle einer Bestätigung des Nachlassvertrages auch sie nur noch im Umfange der Nachlassquote in Anspruch genommen werden können.[38]) Dies ergibt sich durch argumentum e contrario aus B 303, Al. 1, wo bestimmt wird: «Ein Gläubiger, welcher dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat, geht durch denselben seiner Rechte gegen Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige nicht verlustig.» Diese letztere Regel entspricht denn auch der Natur der Sache, da der Nachlassvertrag nur die Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner, nicht aber zwischen Gläubiger und Mitverpflichteten berührt. Dagegen beschränkt er die Regressrechte der letztern gegenüber dem Schuldner, indem der Gläubiger den ihn befriedigenden Mitverpflichteten lediglich diejenigen Ansprüche abtreten kann, welche ihm gegenüber dem Schuldner nach der Bestätigung des Nachlassvertrages noch übrig bleiben. Er soll deshalb die Stellung der genannten Personen nicht selbst durch Zustimmung zum Nachlassvertrag verschlimmern helfen.

Von diesem letztern Prinzip macht nun aber B 303, Al. 2 insofern eine Ausnahme, als hier bestimmt wird, dass ein Gläubiger, welcher dem Nachlassvertrag zugestimmt hat, seiner Rechte gegen die Mitverpflichteten des Schuldners nicht verlustig geht, sofern er denselben mindestens zehn Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitgeteilt und ihnen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat.[39]) Diese Befreiung des Gläu-

[37]) Es handelt sich dabei um eine prima facie Kognition ohne eigentliches Prozessverfahren; vergl. Reichel, Art. 305, N. 5.

[38]) Ebenso Reichel, Art. 303, N. 3; Keller, S. 109 ff. Der Begriff des Mitverpflichteten ist gemäss B 216 zu bestimmen (vergl. § 48, III, Ziff. 1, lit. a hievor).

[39]) Eine Ausnahme von dieser Bestimmung macht Jaeger, Art. 303, N. 3 mit Recht für den Nachlassvertrag einer Kollektiv-

bigers von den Folgen einer Zustimmungserklärung tritt jedoch nur dann ein, wenn er die gesetzliche Anbietungsfrist innegehalten hat und seine Offerte ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt wurde.[40])

Eine letzte Möglichkeit endlich, wie sich der Gläubiger den Mitverpflichteten des Nachlasschuldners gegenüber verhalten kann, regelt B 303, Al. 3 durch die Vorschrift, dass jener, unbeschadet seiner Rechte, Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige ermächtigen kann, an seiner Statt über den Beitritt zum Nachlassvertrag zu entscheiden. Die Mitverpflichteten werden dadurch seine vertraglichen Bevollmächtigten in der Verhandlung über den Nachlassvertrag und müssen seitens des Sachwalters und der Nachlassbehörde als solche anerkannt werden. Ob sie aber dem Entwurf beistimmen oder nicht, immer haften sie dem Gläubiger im vollen Umfange.

4. Beim Nachlassvertrag im Konkurs tritt im Zustimmungsverfahren an Stelle der gemäss B 300, Al. 2 einberufenen die ordentliche Gläubigerversammlung des Konkursverfahrens. Und zwar kann die Verhandlung über den Nachlassvertrag frühestens in der zweiten Gläubigerversammlung stattfinden, wobei im Einberufungsschreiben auf diese Verhandlung ausdrücklich aufmerksam gemacht wird (B 252, Al. 2, 317, Al. 1; vergl. § 51, II, Ziff. 5, lit. d hievor). Trotz des Schweigens im Gesetze hat auch hier die Aktenauflegung gemäss B 302, Al. 2 stattzufinden, welche allerdings nur den Nachlassentwurf mit dem Gutachten der Konkursverwaltung gemäss B 317, Al. 1 umfasst. Die Verhandlung über den vorgeschlagenen Nachlassvertrag geht in der durch B 302 vorgesehenen Weise vor sich; nur tritt an Stelle des Sachwalters die Konkurs-

---

oder Kommanditgesellschaft oder einer Genossenschaft, indem er annimmt, dass hier der Natur der Sache und der Tendenz des abgeschlossenen Nachlassvertrages gemäss durch Erfüllung des letztern auch die persönlich haftenden Gesellschafter oder Genossenschafter den Gläubigern der Gesellschaft oder Genossenschaft gegenüber befreit werden.

[40]) A. M. Jaeger, Art. 303, N. 5 für den Fall, dass dem Mitverpflichteten aus der verspäteten Offerte kein Schade erwächst.

verwaltung. Ebenso finden hinsichtlich der Form und der Wirkungen der Zustimmungserklärungen die Vorschriften in B 302, 303 und 305 entsprechende Anwendung (B 317, Al. 2).

III. Das Bestätigungsverfahren.

Den Schluss des Nachlassvertragsverfahrens bildet der Entscheid der Nachlassbehörde über Bestätigung oder Nichtbestätigung des vorgelegten Entwurfs.

1. Die Einleitung des Bestätigungsverfahrens wird durch den Sachwalter vermittelt, welcher nach Ablauf von zehn Tagen seit der Gläubigerversammlung der Nachlassbehörde alle Aktenstücke samt seinem Gutachten darüber unterbreitet, ob der Nachlassvertrag angenommen und zu bestätigen sei (B 304, Al. 1). Dieses Gutachten ist für die Nachlassbehörde weder bindend, noch schafft es eine vollständig sichere Information, da ja der Sachwalter nicht wissen kann, zu welchem Betrag bedingte und bestrittene Forderungen, sowie solche mit ungewisser Verfallzeit mitzuzählen sind (vergl. oben II, Ziff. 3, lit. a). Das Bestätigungsverfahren muss also auch dann stattfinden, wenn das Gutachten den Nachlassvertrag als gescheitert bezeichnet.[41]) Dagegen ist das Gutachten von grosser Wichtigkeit als Berichterstattung über die vermögensrechtlichen Verhältnisse des Schuldners, sein Geschäftsgebahren und sein Verhalten im Verlauf des Nachlassvertragsverfahrens.

2. Das eigentliche Bestätigungsverfahren beginnt mit der Vorladung der Beteiligten. Die Zeit der Verhandlung wird nämlich öffentlich bekannt gemacht mit der Anzeige an die Gläubiger, dass sie ihre Einwendungen gegen den Nachlassvertrag in der Verhandlung anbringen können (B 304, Al. 3). Als Parteien im Verfahren erscheinen also neben dem Schuldner, welcher trotz des Stillschweigens im Gesetz persönlich vorzuladen ist, sämtliche Gläubiger, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie gemäss B 300, Al. 1 stimmberechtigt waren oder nicht.[41a])

---

[41]) A. M. Jaeger, Art. 304, N. 4 und BIIE XVI, 290.

[41a]) Die Gläubiger können ihre Bemerkungen, wie Jaeger, Art. 304, N. 7 mit Recht ausführt, auch schriftlich einreichen. Gegen Versagung des rechtlichen Gehörs steht ihnen der staatsrechtliche Rekurs zu; vergl. BE XXV (1), 82.



Gemäss B 304, Al. 2 soll die Nachlassbehörde ihren Entscheid beförderlich, d. h. sobald wie möglich nach erfolgter Vorlegung der Akten, treffen. Die Regelung des Verfahrens ist Sache des kantonalen Rechtes.[41b]) In jedem Falle kann gemäss B 307 da, wo eine obere kantonale Nachlassbehörde besteht, der Entscheid über den Nachlassvertrag binnen zehn Tagen nach dessen Mitteilung an dieselbe weitergezogen werden (vergl. § 63, II, Ziff. 2, lit. a hievor). Zur Weiterziehung legitimiert sind die Parteien, d. h. der Schuldner einerseits und jeder Gläubiger andererseits, welcher am erstinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat.[42]) Die Weiterziehungsfrist beginnt mit dem Moment der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides in der vom kantonalen Recht vorgeschriebenen Form.[43])

3. Der Inhalt des Entscheides lautet entweder auf Bestätigung oder Nichtbestätigung des Nachlassvertrages.

Die Voraussetzungen einer Bestätigung sind in B 306 abschliessend aufgezählt. Sind sie vorhanden, so darf die Bestätigung nicht versagt werden, während umgekehrt beim Fehlen einer einzigen ihre Erteilung schlechtweg ausgeschlossen ist.[44])

a. Erste Voraussetzung der Bestätigung ist die Zustimmung zum Nachlassvertrag durch die in B 305 vorgesehene qualifizierte Mehrheit der Gläubiger nach Personen und Forderungsbetrag in dem vom Gesetz geregelten Verfahren (B 306, Al. 1; vergl. oben II, Ziff. 3, lit. a).

Die Nachlassbehörde hat diese Mehrheit an Hand der Forderungseingaben gemäss B 300, Al. 1, sowie der Zustimmungserklärungen selbständig festzustellen, indem sie

[41b]) Ebenso BE XXVIII (1), 8; vergl. die kantonalen Vorschriften bei Brand & Wasem, S. 91 ff.

[42]) Dagegen nicht der Sachwalter; vergl. Jaeger, Art. 307, N. 4.

[43]) Das Verfahren bestimmt auch hier das kantonale Recht, welches ferner die ausserordentlichen Rechtsmittel seines Zivilprozesses anwendbar erklären kann; vergl. BE XXIV (1), 34, XXV (1), 82, XXVIII (1), 8

[44]) Ebenso Jaeger, Art. 306, N. 4; Paschoud, p. 224 s.; Brand in der Anmerkung zu A VII, 15; a. M. Reichel, Art. 306, N. 3, A VII, 15 (Zürich).

zugleich auch über die Berücksichtigung bestrittener, bedingter und unbestimmt befristeter Forderungen entscheidet (B 305, Al. 3; vergl. oben II, Ziff. 3, lit. a).

b. Die Erteilung der Bestätigung ist ferner davon abhängig zu machen, dass der Schuldner nicht zum Nachteil seiner Gläubiger unredliche oder sehr leichtsinnige Handlungen begangen hat (B 306, Ziff. 1). Diese Handlungen können sowohl vor als während der Nachlasstundung vorgekommen sein. Darunter fällt ein Verhalten, wodurch der Schuldner eine Schädigung seiner Gläubiger oder eine Begünstigung einzelner derselben zum Nachteile der übrigen versuchte oder herbeiführte, ferner Handlungen, welche seine Vermögensverhältnisse verschlechterten und endlich Widerhandlungen gegen die gesetzlichen Vorschriften über den Nachlassvertrag.[45]) Zu den letztern gehören namentlich besondere Versprechungen an einzelne Nachlassgläubiger (B 314; vergl. § 65, I, Ziff. 2 hienach). Die Würdigung aller dieser Tatsachen beruht im freien Ermessen der Nachlassbehörde.

c. Im weitern ist erforderlich, dass die vom Schuldner seinen Gläubigern angebotene Summe in richtigem Verhältnisse zu seinen Hülfsmitteln steht. Dabei können auch seine Erbanwartschaften in Anschlag gebracht werden (B 306, Ziff. 2). Aber auch die zukünftigen Erwerbsmöglichkeiten des Schuldners überhaupt, wie sein Alter, seine Arbeitsfähigkeit, seine Geschäftsaussichten etc. sind gebührend zu würdigen.[46])

d. Endlich erfolgt die Bestätigung des Nachlassvertrages nur dann, wenn die Vollziehung desselben und die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger hinlänglich sichergestellt ist, es sei denn, dass die letztern hierauf verzichten (B 306,

---

[45]) Vergl. Jaeger, Art. 306, N. 5; Reichel, Art. 306, N. 5; Keller, S. 96 f.; Paschoud, p. 140.

[46]) Vergl. auch Jaeger, Art. 306, N. 6; Reichel, Art. 306, N. 6; SchwJZ II, 206, VI, 288 (Zürich), wo auch die Möglichkeit eines Nachlassvertrages bei vorhandenem Aktivüberschuss geprüft wird.



Ziff. 3). Die vollständige Befriedigung der privilegierten Gläubiger ist das einzige Erfordernis, welches das Gesetz hinsichtlich des materiellen Inhaltes eines Nachlassvertrages statuiert.[47]) Im übrigen wird nur verlangt, dass die im Nachlassvertrag dem einzelnen Gläubiger zugesicherte Leistung sichergestellt ist, sofern der Gläubiger nicht ausdrücklich darauf verzichtete. Eine Majorisierung findet in diesem Punkte nicht statt. Die Zulänglichkeit der angebotenen Sicherheitsleistung wird von der Nachlassbehörde geprüft und beurteilt, sofern sich die Gläubiger nicht ausdrücklich damit einverstanden erklärt haben.

4. Die Natur des im Bestätigungsverfahren gefällten Entscheides erfordert seine öffentliche Bekanntmachung, welche gemäss B 308, Al. 1 zu erfolgen hat, sobald der erstere in Rechtskraft erwachsen ist, was eintritt, wenn entweder die obere Nachlassbehörde geurteilt hat, oder aber die Weiterziehungsfrist gemäss B 307 unbenützt ablief.

Mit der öffentlichen Bekanntmachung des Entscheides fallen die Wirkungen der Stundung dahin (B 308, Al. 2) Deshalb wird der Entscheid gemäss B 308, Al. 1 (ZGBE 60) auch dem Betreibungsamt und dem Grundbuchführer mitgeteilt; dem letztern, damit er die gemäss ZGB 960, Ziff. 2 vorgemerkte Eigentumsbeschränkung löschen kann, dem erstern, weil einerseits mit der Stundung auch die zeitliche Unterbrechung von Betreibungshandlungen aufgehoben ist, während andrerseits gemäss B 312 der bestätigte Nachlassbetrag ein Dahinfallen der hängigen Pfändungen zur Folge hat (vergl. § 65, II, hienach).

---

[47]) Der französische Text in B 306, Ziff. 3 spricht im Gegensatz zum deutschen nicht von angemeldeten privilegierten Gläubigern, sondern von créanciers privilégiés reconnus. Die deutsche Fassung entspricht jedenfalls dem Willen des Gesetzgebers besser, welcher nicht dahingegangen sein kann, dem Schuldner freizustellen, sich der Sicherheitsleistung für eine privilegierte Forderung durch blosse Bestreitung der letztern zu entziehen; vergl. in diesem Sinne auch Reichel, Art. 306, N. 7; Jaeger, Art. 306, N. 9; Martin, p. 388.

Eine weitergehende Wirkung betreibungsrechtlicher Natur äussert die Bekanntmachung des Entscheides, sofern darin gegenüber einem der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner der Nachlassvertrag verworfen wird. Dann kann nämlich gemäss B 309 jeder Gläubiger binnen zehn Tagen nach der Bekanntmachung die sofortige Konkurseröffnung verlangen (vergl. § 45, II, Ziff. 1, lit. c, bb hievor). Dabei ist unerheblich, ob der betreffende Gläubiger beim Nachlassvertrag gemäss B 300, Al. 1, stimmberechtigt war, oder nicht, bezw. ob er dem letztern beistimmte.

5. Beim Nachlassvertrag im Konkurs unterscheidet sich das Bestätigungsverfahren von dem soeben geschilderten nur dadurch, dass gemäss B 317, Al. 2 die Unterbreitung der Nachlassakten an die Nachlassbehörde und die Erstattung des begleitenden Gutachtens von der Konkursverwaltung ausgehen.[48]) Der Entscheid über den Nachlassvertrag wird der Konkursverwaltung mitgeteilt. Lautet derselbe auf Bestätigung, so beantragt die Konkursverwaltung beim Konkursgericht den Widerruf des Konkurses (B 317, Al. 3; vergl. § 65, II, Ziff. 1 hienach).[49])

§ 65.

Die Wirkungen des Nachlassvertrages.

I. Materiellrechtliche Wirkungen.

Der Zweck des Nachlassvertrages besteht in der Feststellung einer bestimmten Art und Weise der Gläubigerbefriedigung. Hierin erschöpft sich seine materielle Wirkung.

1. Die objektive Einwirkung des Nachlassvertrages auf die Gläubigeransprüche ist deshalb keine novierende. Der Gläubiger behält seine Forderung

[48]) Der Konkursverwalter hat die einschlägigen Vorkehren zu treffen, ohne zu prüfen, ob im gegebenen Fall ein Nachlassvertrag Aussicht auf Erfolg hat oder überhaupt zulässig ist; vergl. SchwJZ II, 80 (Glarus).

[49]) Der Widerrufsantrag hat von Amtes wegen zu erfolgen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Bedingungen des Nachlassvertrages den einzelnen Gläubigern gegenüber erfüllt sind oder nicht; vergl. A IV, 5; XXIX (1), 22.

in der ursprünglichen Gestalt solange, bis die durch den Nachlassvertrag vorgesehene Art der Tilgung tatsächlich eingetreten ist.[1]) Dagegen erwächst dem Schuldner aus dem bestätigten Nachlassvertrag ein Recht darauf, dass die betreffende Forderung nur noch in demjenigen Umfang und in derjenigen Art und Weise geltend gemacht wird, welche der Nachlassvertrag bestimmt. So lange also der letztere zu Recht besteht, besitzt der Schuldner den einfordernden Gläubigern gegenüber eine Einrede im angegebenen Sinn.[2]) Diese Wirkung kommt allerdings regelmässig nur einem im Inland abgeschlossenen Nachlassvertrag zu. Ein im Ausland abgeschlossenes Akkommodement, auch wenn es nach ausländischem Recht amtlichen Charakter hat, äussert in der Schweiz nur dann Wirkungen, wenn dies staatsvertraglich vorgesehen ist.[3]) Gleich verhält es sich mit der Wirkung des schweizerischen Nachlassvertrages im Ausland.

---

[1]) Im gleichen Sinne BE XXVI (2), 27; Keller, S. 106 ff.; Paschoud, p. 150; Jaeger, Art. 311, N. 3. Es kann deshalb in einem vor Erfüllung der Nachlassvertragsbedingungen über den Schuldner ausbrechenden Konkurs die ganze Forderung eingegeben werden. Ebenso ZBJV XXXVI, 410 (Bern).

[2]) Ebenso Keller, S. 103. Daraus folgt auch, dass nach geschehener Bestätigung des Nachlassvertrages der Gläubiger eine Kompensation mit einer Gegenforderung des Gemeinschuldners nur noch im Betrag der Nachlassquote geltend machen kann. Ebenso Reichel, Art. 311, N. 3; Paschoud, p. 231 ss; Journ. d. trib., 1894, 471 (Waadt); a. M. Jaeger, Art. 311, N. 3; Martin, p. 392.

[3]) Vergl. Meili, Internationales Konkursrecht, S. 216 ff., 273 ff. Eine solche Bestimmung kennt der französisch-schweizerische Gerichtsstandsvertrag vom 15. Juni 1869, welcher in Art. 8 vorschreibt: «Im Falle ein Akkommodement zustande gekommen ist, so haben alle Bestimmungen des Akkommodementes und zwar insbesondere auch hinsichtlich des in seinem Heimatlande gelegenen Vermögens von Seite des Schuldners die gleichen Wirkungen, wie in dem Lande, in welchem der Konkurs eröffnet worden ist, unter der Voraussetzung jedoch, dass das Urteil, welches das Akkommodement bestätigt (Homologationsurteil), gemäss den Vorschriften des Art. 16 vollziehbar erklärt worden ist.» Das in Frankreich abgeschlossene Akkommodement kann also in der Schweiz auch einredeweise nur dann geltend gemacht werden, wenn es seitens der zuständigen schweizerischen Gerichte das Exequatur erhalten hat

Ueber die Art und Weise der im Nachlassvertrag vorzusehenden Gläubigerbefriedigung stellt unser Gesetz, wie schon früher betont, keine bindenden Vorschriften auf. Es ist also hiefür der Wille des proponierenden Schuldners und der zustimmenden Gläubiger, unter Vorbehalt einer Kontrolle durch die Nachlassbehörde massgebend. Der Natur der Sache nach sind dabei drei Haupttypen denkbar: Entweder begnügen sich die Gläubiger mit einem gewissen — regelmässig in Prozenten ausgedrückten — Teile des Nominalbetrages ihrer Forderungen (sogenannter Nachlassvertrag im eigentlichen Sinn oder Prozentvergleich), oder aber sie gewähren dem Schuldner bestimmte Zahlungsfristen für die einmalige oder sukzessive Begleichung der ganzen Forderung (sogenannter Stundungsvergleich), oder endlich tritt der Schuldner den Gläubigern sein gesamtes Vermögen oder bestimmte Vermögensteile zur privaten Liquidation an Zahlungsstatt ab (sogenannter Liquidationsvergleich, concordat par abandon).[4])

Hat der Schuldner einmal gegenüber einem Gläubiger seine Pflichten aus dem Nachlassvertrag vollständig erfüllt, so kann er für den Rest der Forderungen nicht mehr belangt werden. Es bleibt für den letztern auch keine Naturalobligation mehr übrig.[5]) Einen Einfluss auf das eheliche

---

vergl. BE XXIX (1), 69, SchwJZ III, 9 (Genf); a. M. Roguin, Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale, p. 771; Curti, Der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich, S. 39.

[4]) Ebenso Paschoud, p. 145 ss; Jaeger, Art. 302, N. 4; BE XXVI (1), 48; A IV, 5, 42, V, 6. Dagegen will A VIII, 104, X, 29 (Bern) die Abtretung des ganzen Vermögens ausschliessen wegen der dabei vorhandenen Unsicherheit der Höhe der Nachlassquote. A. M. die oben zit. Literatur und Judikatur, welche lediglich feststellt, dass die Liquidation des abgetretenen Vermögens nicht nach den Vorschriften über das Konkursverfahren vor sich gehen kann; vergl. BE XXXI (2), 23.

[5]) In diesem Sinne auch BE XXVIII (2), 68. Art. 39 des bundesrätlichen Entwurfs enthielt in dieser Beziehung die der Natur der Sache nach selbstverständliche Vorschrift: «Der Schuldner wird durch die Erfüllung des Konkordates von jeder weitern Verpflichtung gegenüber seinen Gläubigern befreit.» Gleichwohl nimmt die herrschende Meinung in Theorie und Praxis das Bestehen einer

Güterrecht des Schuldners übt der Nachlassvertrag — im Gegensatz zum Konkurs -- nicht aus.[6])

2. In subjektiver Beziehung sieht B 311 vor, dass der bestätigte Nachlassvertrag für sämtliche Gläubiger rechtsverbindlich ist. Dabei bestimmt allerdings das Gesetz nicht, auf welchen Zeitpunkt diese Verbindlichkeit zurückwirkt, d. h. wann eine Forderung existiert haben muss, um gemäss B 311 vom Nachlassvertrag berührt zu werden. Beim Nachlassvertrag im Konkurs ist ohne weiteres klar, dass nur die Konkursforderungen in Betracht fallen, d. h. diejenigen Ansprüche, welche zur Zeit der Konkurseröffnung bereits existierten (vergl. § 48, II, Ziff. 2 hievor), wobei allerdings nicht gefordert werden kann, dass die Forderung zur Zeit des Nachlassvertrages bereits gemäss B 232, Ziff. 2 im Konkurse angemeldet war, da ja die Eingabe gemäss B 251, Al. 1 gültig bis zum Schlusse des Konkursverfahrens hätte erfolgen können (vergl. § 53, III, Ziff. 2 lit. b hievor). Beim Nachlassvertrag ausser Konkurs ist in analoger Weise auf denjenigen Zeitpunkt abzustellen, in welchem die Gläubiger in Stand gesetzt wurden, ihre Ansprüche geltend zu machen, also auf den Zeitpunkt des Eintretens der Nachlassbehörde auf das Bewilligungsgesuch und die Gewährung der Nachlasstundung gemäss B 295. Alle Forderungen, deren Rechtsgrund in jenem Moment bereits vorhanden war, sind dem Nachlassvertrag unterworfen, ganz abgesehen davon, ob sie auch bereits in jenem Zeitpunkte hätten geltend gemacht werden können.[7])

Soweit diese zeitlichen Voraussetzungen zutreffen, ist grundsätzlich jede Forderung den Beschränkungen des Nachlassvertrages unterworfen, gleichgültig, ob der Gläubiger

---

Naturalobligation an: vergl. Jaeger, Art. 311, N. 3; Reichel, Art. 311, N. 2; Martin, p. 392; Kohler, Lehrbuch, S. 462; BE XXVI (2), 27, 99; ZBJV XXXI, 415 (Bern).

[6]) Vergl. auch BE XXXI (1), 123, XXXV (2), 59; ZBJV XLV, 144, 564 (Bern).

[7]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 311, N. 2 und BE XXVI (2), 99, wo festgestellt wird, dass der Reduktion auch ein Haftpflichtanspruch unterliegt, sofern im Laufe des Haftpflichtprozesses der Nachlassvertrag bestätigt wird.

dem letztern zugestimmt, bezw. sich überhaupt an den Nachlassverhandlungen beteiligt hat oder nicht. Diese Wirkung kann auch nicht durch ein Spezialabkommen zwischen Gläubiger und Schuldner wegbedungen werden. Jedes Versprechen, durch welches der Schuldner einem Gläubiger mehr zusichert, als was ihm nach dem Nachlassvertrage gebührt, ist ungültig (B 314). Die Ungültigkeit ist eine absolute und kann also auch vom Schuldner selbst eingewendet werden. Überdies aber stellt ein derartiges Versprechen des Schuldners eine unredliche Handlungsweise gegenüber den andern Gläubigern dar. Es bildet daher, falls es vor erfolgter Bestätigung des Nachlassvertrages gegeben wurde, gemäss B 306, Ziff. 1 einen Grund zur Verweigerung der letztern (vergl. § 64, III, Ziff. 3, lit. b hievor) und falls es nach diesem Zeitpunkt erfolgte, eine Voraussetzung des Begehrens um Widerruf des Nachlassvertrages (vergl. unten III, Ziff. 2.)[8])

Von der soeben erwähnten subjektiven Wirkung des Nachlassvertrages sind aber nach drei Richtungen hin Ausnahmen zu machen:

a. Aus betreibungsrechtlichen Gründen werden davon nicht ergriffen die privilegierten Forderungen gemäss B 219. Dies ergibt sich implicite aus B 306, Ziff. 3, wo als Requisit der Bestätigung eines Nachlassvertrages verlangt wird, dass die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger sichergestellt ist, sofern die letztern nicht darauf verzichten (vergl. § 64, III, Ziff. 3, lit. d hiervor). Mit Rücksicht auf den Wortlaut in B 306, Ziff. 3 (« .... die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger .... ») ist behauptet worden, dass nur solche privilegierte Gläubiger Anspruch auf volle Befriedigung

[8]) Dabei ist gleichgültig, ob sich das Versprechen auf eine gemäss B 300, Al. 1 angemeldete oder eine nicht angemeldete Forderung bezieht; vergl. SchwJZ VI, 336 (Basel). Ein solches Versprechen kann dagegen gültig von dritten Personen, z. B. Verwandten des Schuldners, gemacht werden. BE XXXI (2), 14 sieht dasselbe auch als gültig an, wenn es beim Nachlassvertrag einer Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter auf eigene Rechnung gemacht wurde; a. M. SchwJZ V, 312 (Solothurn).



besitzen, welche ihre Forderung gemäss B 300, Al. 1 angemeldet haben, während die andern den nicht privilegierten gleichgestellt seien.[9]) Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, dass B 306, Ziff. 3 ausdrücklich nur die Sicherstellung und nicht die Befriedigung der privilegierten Gläubiger regeln will und dass B 300, Al. 1 als einzige Folge der Nichtanmeldung den Verlust des Stimmrechtes, nicht aber denjenigen eines materiellen Anspruches statuiert. Es ist deshalb anzunehmen, dass auch die nicht angemeldeten privilegierten Gläubiger ihre Forderungen unbeschränkt behalten.[10])

b. Aus materiellrechtlichen Gründen nimmt B 311 von der Wirkung des Nachlassvertrages aus die Pfandgläubiger für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag. Der Pfandgläubiger hat Anspruch auf die volle Deckung aus dem Pfanderlös. Dieser Anspruch wird also seinem Umfange nach nicht etwa durch die Schätzung des Pfandes bestimmt, welche anlässlich der Inventaraufnahme gemäss B 299 getroffen wurde, sondern hängt vom Ergebnis der Pfandverwertung ab, gleichgültig, wann dieselbe erfolgte.[11]) Für den ungedeckten Rest seiner Forderung ist der Pfandgläubiger dem Nachlassvertrag unterworfen, sofern ihm überhaupt neben dem Pfandrecht eine persönliche Forderung gegenüber dem Schuldner zusteht.[12])

---

[9]) Vergl. Jaeger, Art. 311, N 2; Keller, S. 105; Paschoud, p. 226 ss., SchwJZ II, 80 (Zürich).

[10]) Ebenso Reichel, Art. 306, N. 7; Hotz, S. 48 f.

[11]) Ebenso Jaeger, Art. 311, N. 4; Reichel, Art. 311, N. 4; Martin, p. 394; Paschoud, p. 236, BE XXVIII (2), 68. XXXIV (2), 94; a. M. Brüstlein in A I, 65. Umgekehrt kann der Pfandgläubiger nicht etwa trotz eines Pfandausfalles aus dem Grunde volle Deckung verlangen, weil nach der Schätzung gemäss B 299 das Pfand höher gewertet wurde, als sein faktischer Erlös beträgt. BE XXXII (2), 14 verweigert in diesem Falle dem Pfandgläubiger für die Nachlassdividende sogar den Zugriff auf die für die Nachlassquoten im allgemeinen geleisteten Sicherheiten, und ZBJV XLVI, 707 (Bern) gibt dem Schuldner das Recht, seine Schuldpflicht für den ungedeckten Rest nachträglich zu bestreiten, worauf dann eine Fristansetzung gemäss B 310 stattfinden soll.

[12]) Ob das Pfand Eigentum des Schuldners oder eines Dritten ist, übt keinen Einfluss aus; a. M. Jaeger, Art. 311. N. 4. Hieher

c. Aus öffentlichrechtlichen Gründen endlich verneint die Praxis die Wirksamkeit des Nachlassvertrages mit Bezug auf strafrechtliche Bussenforderungen.[13])

3. Zu Gunsten der Mitverpflichteten (Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtigen) des Schuldners übt der Nachlassvertrag prinzipiell eine Wirkung nicht aus. Da nämlich, wie oben sub Ziff. 1 dargetan wurde, durch den bestätigten Nachlassvertrag die Gläubigerforderung an sich weder beseitigt, noch noviert wird, so bleiben auch die daraus gegenüber den Mitverpflichteten des Schuldners resultierenden Ansprüche des Gläubigers unberührt. Der letztere kann also von den erstern Bezahlung auch für den infolge des Nachlassvertrages ungedeckt bleibenden Rest der Schuld verlangen. Umgekehrt aber sind dieselben für die Geltendmachung allfälliger Regressrechte gegenüber dem Schuldner, wie alle übrigen Gläubiger, durch den Nachlassvertrag gebunden.[14])

Eine Ausnahme von der Haftung der Mitverpflichteten tritt einzig dann ein, wenn der Gläubiger ohne Beobachtung der in B 303, Al. 2 und 3 vorgesehenen Kautelen seine Zustimmung zum Nachlassvertrag erteilte (vergl. § 64, II, Ziff. 3, lit. b hievor).

4. Für die Behandlung bestrittener Forderungen sieht das Gesetz ein besonderes Verfahren vor, wobei es sich der Natur der Sache nach immer nur um solche Ansprüche handeln kann, die vom Gläubiger gemäss B 300, Al. 1 angemeldet und vom Schuldner bei der Abgabe seiner Erklärung gemäss B 301 bestritten wurden, sodass sie der Nachlassbehörde anlässlich der Bestätigung

---

gehört auch der Fall, wo der Schuldner für eine Ersatzforderung, die der Gläubiger ihm gegenüber hat, versichert ist, in welchem Falle der Gläubiger gemäss Art. 60 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag ein gesetzliches Pfandrecht am Versicherungsanspruch besitzt; vergl. auch BE XXXV (2). 87.

[13]) Vergl. BE XXII. 36; Jaeger, Art. 311, N. 2; Reichel, Art. 311, N. 2; einschränkend Brüstlein in der Anmerkung zu A V, 58.

[14]) Ebenso Keller, S. 107 ff.; Paschoud, p. 158 ss.; vergl. auch ZBJV XLIII. 507 (Bern).

als bestrittene bekannt waren. Beim Nachlassvertrag im Konkurs kommen nur solche Forderungen in Betracht, welche gemäss B 232, Ziff. 2, 251, Al. 1 im Konkurs angemeldet und vom Schuldner gemäss B 244 bestritten worden waren.[15]) Die Bestreitung kann sich dabei entweder auf den Forderungsbetrag selbst oder auf ein geltend gemachtes Privileg oder Pfandrecht beziehen.

Wenn die Nachlassbehörde den Nachlassvertrag bestätigt, so setzt sie denjenigen Gläubigern, deren Forderungen bestritten sind, gemäss B 310 eine peremptorische Frist zur Geltendmachung derselben an. Zugleich aber hat der Schuldner auf Anordnung der Nachlassbehörde die auf bestrittene Forderungen entfallenden Beträge bis zur Erledigung des Prozesses bei der Depositenanstalt (B 24) zu hinterlegen (B 313).[16])

Die Klage, welche der Gläubiger anzustellen hat, ist eine materiellrechtliche Forderungsklage, weshalb denn auch der Streit im gewöhnlichen Zivilprozessverfahren durchzuführen ist (vergl. § 10, II, Ziff. 1, lit. a hievor).[17]) Das gefällte Urteil ist nicht nur für die Art und Weise der Beteiligung des Gläubigers am Nachlassvertrag, sondern auch hinsichtlich des Bestandes seiner Forderung überhaupt massgebend, weshalb es seine Rechtskraftwirkung auch mit Bezug auf die Mitverpflichteten des Schuldners äussert.

---

[15]) Eine Bestreitung durch einen Mitgläubiger spielt auch beim Nachlassvertrag im Konkurs keine Rolle und ebensowenig eine Bestreitung durch die Konkursverwaltung, bezw. eine Nichtanerkennung der Forderung im Kollokationsplan; vergl. Paschoud, p. 229; Jaeger, Art. 310, N. 2.

[16]) Die Fristansetzung muss auch dann erfolgen, wenn der Gläubiger vor der Nachlasstundung für die Forderung bereits betrieben und definitive Rechtsöffnung erhalten hat; vergl. A X, 28 (Bern).

[17]) Jaeger, Art. 310, N. 2 nimmt aber mit Recht an, dass wenn beim Nachlassvertrag im Konkurs über eine Forderung bereits im Kollokationsprozess geurteilt wurde, oder der letztere noch pendent ist, eine Fristansetzung gemäss B 310 überflüssig sei. Im erstern Falle ist das Urteil für Schuldner und Gläubiger massgebend, im letztern hat der Schuldner in den Kollokationsprozess einzutreten.

Wird die Klage ganz oder teilweise abgewiesen, so sind im gleichen Verhältnis auch die gemäss B 313 vom Schuldner hinterlegten Beträge zurückzugeben. Eine solche Zurückgabe der deponierten Summen ist aber auch die einzige Folge einer Nichteinhaltung der dem Gläubiger gemäss B 310 angesetzten peremptorischen Klagefrist. Ein Verlust des einzuklagenden Anspruches bezw. eines geltend gemachten Pfandrechtes oder Privileges selbst wird im Gesetz nirgends vorgesehen und kann der Natur der Sache nach auch nicht vermutet werden, da sonst der Gläubiger, welcher seine Forderung gemäss B 300, Al. 1 eingegeben hat, sodass eine Bestreitung derselben durch den Schuldner während des Nachlassverfahrens erfolgen konnte, schlechter gestellt würde, als derjenige, welcher der genannten Vorschrift nicht nachkam, sodass ihm gegenüber eine Fristansetzung gemäss B 310 nicht stattfand und er daher seine Forderung beliebig geltend machen kann, um die Nachlassdividende einzufordern.[18]) Verloren geht allerdings mit unbenütztem Ablauf der gesetzlichen Befristung der materielle Anspruch auf den deponierten Betrag (vergl. § 18, II, Ziff. 5, lit. b hievor); aber nur dieser.

II. Die betreibungsrechtlichen Wirkungen.

Die betreibungsrechtlichen Wirkungen des Nachlassvertrages sind verschieden, je nachdem der letztere im Konkurs oder ausserhalb desselben abgeschlossen wurde.

1. Beim Nachlassvertrag im Konkurs bildet die Bestätigung des erstern die Veranlassung eines Konkurswiderrufes, welchen gemäss B 317, Al. 3 die Konkursverwaltung von Amtes wegen beim Konkursgericht zu beantragen hat (vergl. § 46, II hievor). Da aber gemäss B 206 mit der Konkurseröffnung ipso jure alle frühern Betreibungen aufgehoben wurden, so bleiben sie auch nach dem Konkurswiderruf endgültig dahingefallen (vergl. § 50, III hievor).

[18]) In diesem Sinne auch Keller, S. 106. Dagegen nehmen den Verlust der Forderung, bezw. des Privilegs an, Jaeger, N. 310, N. 3; Hotz, S. 59; Paschoud, p. 231; Martin, p. 395; unentschieden Reichel, Art. 310, N. 2.



Eine Ausnahme macht die Praxis hinsichtlich der Betreibung auf Pfandverwertung, von der richtigen Ansicht ausgehend, dass der Pfandgläubiger, auf dessen pfandgedeckte Forderung sich gemäss B 311 die Wirkung des Nachlassvertrages nicht erstreckt, Gelegenheit haben muss, sein Recht zu exequieren, wobei es keinen Zweck hätte, ihn zur Anhebung einer neuen Betreibung zu nötigen.[19])

2. Beim Nachlassvertrag ausser Konkurs verfügt das Gesetz nicht schlechtweg die Aufhebung der hängigen Betreibungen. Dagegen schreibt B 312 vor, dass infolge des Nachlassvertrages die Pfändungen in Bezug auf alle Vermögensstücke, welche nicht schon vor der Nachlasstundung verwertet worden sind, dahinfallen. Der Betreibungsbeamte, welchem gemäss B 308, Al. 1 die Bestätigung des Nachlassvertrages amtlich mitgeteilt wird, darf von diesem Momente an kein Verwertungsbegehren mehr vollziehen. Waren jedoch die gepfändeten Vermögensstücke schon vor der Nachlasstundung verwertet, so hat der betreibende Gläubiger einen Anspruch auf den vollen Erlös, da hier der Gesetzgeber eine analoge Regelung trifft, wie bei der Konkurseröffnung (B 199).[20]) Hinsichtlich der Merkmale einer geschehenen Verwertung gilt hier somit das Nämliche, wie für B 199 (vergl. § 47, IV, Ziff. 2, lit. b hievor).

War endlich die Betreibung bei der Gewährung der Nachlasstundung erst bis zum Zahlungsbefehl vorgeschritten, oder war bereits die Konkursandrohung erlassen, so steht beim Stillschweigen des Gesetzes einem Fortsetzungsbegehren des Gläubigers, bezw. einem Konkursbegehren nichts entgegen. Sobald aber der Schuldner die Bedingungen des Nachlassvertrages erfüllt hat, kann er gemäss B 85 Aufhebung der Betreibung verlangen, bezw. sich gemäss B 172, Ziff. 3 dem Konkursbegehren widersetzen

---

[19]) Vergl. BE XXII, 115.

[20]) In diesem Sinne auch Jaeger, Art. 312, N. 3, welcher hervorhebt, dass für den durch den Erlös nicht gedeckten Betrag der Forderung der Nachlassvertrag Platz greife; vergl. auch BE XXIX (I), 52; ZBJV XXXVIII, 553 (Bern).

(vergl. § 28, II und § 43, IV, Ziff. 3, lit. b, cc hievor).[21]) Ebenso kann natürlich in einer neu angehobenen Betreibung der vollzogene Nachlassvertrag einem Rechtsöffnungsbegehren mit Erfolg entgegengehalten werden (vergl. § 26, V, Ziff. 2, lit. a, aa hievon).[22])

III. Die Rückgängigmachung der Wirkungen.

Das Gesetz unterscheidet zwei Arten einer Rückgängigmachung der Wirkungen eines Nachlassvertrages: Die zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers vorzunehmende Aufhebung und den allgemeinen Widerruf.

1. Die Aufhebung des Nachlassvertrages kann mit Bezug auf seine Forderung jeder Gläubiger verlangen, dem gegenüber die Bedingungen des Nachlassvertrages nicht erfüllt werden (B 315, Al. 1).

Voraussetzung der Aufhebung ist also immer die Nichteinhaltung einer durch den bestätigten Nachlassvertrag dem Schuldner auferlegten Verpflichtung gegenüber dem betreffenden Gläubiger, sei es, dass die versprochene Zahlung nicht oder nicht rechtzeitig erfolgte, oder dass die Sicherheit nicht ordnungsgemäss geleistet wurde.[23]) Die Bedeutung, welche die Einhaltung der betreffenden Bedingung für die Durchführung des Nachlassvertrages überhaupt besitzt, ist unerheblich.[24])

---

[21]) A. M. A XI, 38 (Bern) mit Rücksicht auf das dort angenommene Zurückbleiben einer Naturalobligation; vergl. dazu Kritik von Brand, a. a. O.

[22]) Vergl. auch BE XXXI (1), 113.

[23]) Für den Fall, dass die Forderung nicht gemäss B 300, Al. 1 angemeldet worden war, verlangt A X, 73 (Bern) eine nachträgliche Eingabe der Forderung bei der Nachlassbehörde als Voraussetzung eines zu stellenden Aufhebungsbegehrens. Die Behörde soll den Schuldner einvernehmen und, sofern er die Forderung bestreitet, gemäss B 310 dem Gläubiger eine Klagefrist ansetzen.

[24]) Dagegen ist anzunehmen, dass, wenn sich der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend — z. B. durch Annahme einer nicht vertragsgemässen Leistung — mit der nicht richtigen Erfüllung einverstanden erklärte, er nicht mehr Aufhebung verlangen kann, da dies den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr widerspräche. Ebenso A VII, 62, IX, 29, X, 27 (Bern); a. M. Jaeger,

Hinsichtlich des zu beobachtenden Verfahrens schreibt B 315, Al. 1 vor, dass das Aufhebungsbegehren bei der Nachlassbehörde zu stellen ist. Im übrigen wird das Verfahren durch das kantonale Recht geregelt, wobei jedenfalls auch eine Anhörung des Schuldners vorzusehen ist.[25]) In jedem Falle aber findet B 307 entsprechende Anwendung, d. h., es kann, wo eine obere kantonale Nachlassbehörde besteht, der erstinstanzliche Aufhebungsentscheid binnen zehn Tagen nach dessen Mitteilung an dieselbe weitergezogen werden (B 315, Al. 2).[26])

Die Wirkung des Aufhebungsentscheides bezieht sich immer nur auf den Gläubiger, welcher die Aufhebung verlangte, bezw. auf seine Forderung.[27]) Sie äussert sich darin, dass nunmehr der Gläubiger seine volle Forderung geltend machen kann und zwar — nach der ausdrücklichen Vorschrift in B 315, Al. 1 — unbeschadet der ihm durch den Nachlassvertrag gewährten Rechte.[28]) Allfällige durch den Schuldner geleistete Sicherheiten haften also dem Gläubiger nach wie vor mindestens im Umfang der Nachlassdividende.[29]) Die Aufhebungswirkung ist aber immer nur eine materiellrechtliche. Der Hinfall der Pfändungen und der Konkurswiderruf, welche durch B 312 und 317, Al. 3 an die Bestätigung des Nachlassvertrages geknüpft werden, bleiben trotz der Aufhebung des letztern bestehen.[30])

Art. 315, N. 2; Reichel, Art. 315, N. 2. Ein subjektives Verschulden des Schuldners am Leistungsverzug verlangt mit Unrecht SchwJZ IV, 66 (Zürich).

[25]) Vergl. SchwJZ V, 98 (Thurgau) und ferner die bei Brand & Wasem, S. 91 ff. abgedruckten kant. Vorschriften.

[26]) Zivilrechtliche Berufung oder Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht ist auch hier ausgeschlossen; vergl. BE XXIV (1), 110. Dagegen ist der staatsrechtliche Rekurs wegen Rechtsverweigerung zulässig; vergl. BE XXXIV (1), 114.

[27]) Ebenso BE XXIV (2), 110, XXVI (2), 27.

[28]) Der französische Text lautet deutlicher: «... tout en conservant les droits nouveaux acquis en vertu du concordat.»

[29]) Ebenso Reichel, Art. 315, N. 3; Jaeger, Art. 315, N. 3; Martin, p. 400.

[30]) Vergl. auch Reichel, Art. 315, N. 2; Monatsblatt f. bern. Rechtssprechung XV, 73.

2. Jeder Gläubiger kann bei der Nachlassbehörde den Widerruf eines auf unredliche Weise zu Stande gekommenen Nachlassvertrages verlangen (B 316, Al. 1).

Voraussetzung des Widerrufes ist also, dass auf das Zustandekommen des Nachlassvertrages unredliche Handlungen eingewirkt haben.[31]) Dieselben können entweder bestehen in der Verheimlichung wahrer oder in der Vorspiegelung falscher Tatsachen, welche auf die Zustimmungserklärungen der Gläubiger oder den Bestätigungsentscheid von Einfluss sein konnten, oder endlich in der Begünstigung einzelner Gläubiger vor andern gemäss B 314.

Der Widerruf erfolgt durch die Nachlassbehörde, jedoch nur auf Antrag, wozu jeder Gläubiger legitimiert ist, auf welchen der Nachlassvertrag Anwendung fand, gleichgültig, ob derselbe von der unredlichen Handlung direkt berührt wurde oder nicht[32]) und ob der Nachlassvertrag ihm gegenüber richtig erfüllt worden ist oder nicht. Eine zeitliche Beschränkung des Antragsrechtes findet beim Schweigen des Gesetzes nicht statt.[33])

Das Verfahren ist das nämliche wie bei der Aufhebung des Nachlassvertrages (vergl. oben Ziff. 1). Seine

---

[31]) Streitig ist in der Doktrin, ob die betreffenden Handlungen für das Zustandekommen des Nachlassvertrages direkt kausal gewesen sein müssen, oder ob es genügt, wenn sie nur dabei mitgewirkt haben. Im erstern Sinn Reichel, Art. 316, N. 6; Keller, S. 116; im letztern Sinn Jaeger, Art. 316, N. 4 und Paschoud, p. 238. Der französische Text in B 316, Al. 1 sagt ganz allgemein: «pareillement tout créancier peut demander la révocation d'un concordat entaché de mauvaise foi.» Jedenfalls aber ist die Voraussetzung des Widerrufes nicht gegeben, wenn die betreffenden Handlungen der Nachlassbehörde zur Zeit der Bestätigung des Nachlassvertrages bekannt waren; vergl. Reichel, Art. 316, N. 2.

[32]) Kannte er die Handlung schon vor Bestätigung des Nachlassvertrages, ohne sie in der Verhandlung geltend zu machen, so verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr seine Antragstellung. Ebenso Jaeger, Art. 316, N. 2; Martin, p. 401; a. M. Paschoud, p. 327 s.

[33]) Die Anwendung der Verjährungsbestimmungen gemäss OR 146 ff., wie sie Martin, p. 401 vorschlägt, ist nicht möglich, da es sich hier um keinen zivilrechtlichen Anspruch handelt.

nähere Regelung wird also auch hier dem kantonalen Recht überlassen, unter Vorbehalt der in B 307 vorgesehenen Gestattung einer Weiterziehung des erstinstanzlichen Entscheides an eine vorhandene obere Nachlassbehörde binnen zehn Tagen (B 316, Al. 2). Der zusprechende Entscheid wird, sobald er in Rechtskraft erwachsen ist, gemäss B 308, Al. 1 öffentlich bekannt gemacht (B 316, Al. 2).

Die Wirkung des Widerrufs ist im Gegensatz zu derjenigen der blossen Aufhebung eine generelle, d. h. der Nachlassvertrag wird schlechtweg für alle Gläubiger beseitigt.[34]) Dieselben können also nunmehr wieder ihre gesamten Forderungen gegenüber dem Schuldner geltend machen, wobei die bereits erhaltene Nachlassquote als Abschlagszahlung zu behandeln ist. Im übrigen aber muss der Nachlassvertrag, da er in seiner Gesamtheit beseitigt ist, auch für den Schuldner als vollständig hinfällig gelten. Der letztere wird also durch die darin gegebenen Versprechungen nicht mehr gebunden, wie denn auch die geleisteten Sicherheiten den Gläubigern nicht mehr haften.[35])

Umgekehrt bleiben auch hier die betreibungsrechtlichen Folgen des bestätigten Nachlassvertrages (Aufhebung der Pfändungen und Konkurswiderruf gemäss B 312, 317, Al. 3) bestehen. Dagegen wird durch B 316, Al. 2 die entsprechende Anwendung der Vorschrift in B 309 vorgesehen, d. h. es kann, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt, binnen zehn Tagen nach der Bekanntmachung des Widerrufsentscheides jeder Gläubiger die sofortige Konkurseröffnung verlangen (vergl. § 64, III, Ziff. 4 hievor).



[34]) Vergl. auch BE XXVI (2), 27; Jaeger, Art. 216, N. 4; Reichel, Art. 316, N. 3; Martin, p. 402.

[35]) Ebenso Reichel, Art. 316, N. 4; Paschoud, p. 239 s.; Keller, S. 117; Martin, p. 402; a. M. Jaeger, Art. 216, N. 4.

Nachträge.

Seite 21: Das Reglement vom 24. Dez. 1892 (Verordnung Nr. 2) wurde ersetzt durch die Verordnung des Bundesgerichtes (Schuldbetreibungs- und Konkurskammer) vom 3. November 1910 betr. die Beschwerdeführung in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen. Ferner wurden erlassen: Verordnung des Bundesgerichtes (Schuldbetreibungs- und Konkurskammer) vom 10. Mai 1910 betr. die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, sowie endlich Verordnung des Bundesgerichtes (Schuldbetreibungs- und Konkurskammer) vom 19. Dezember 1910 betr. die Eintragung der Eigentumsvorbehalte.

Seite 26: Vergl. im weitern die in § 42 hienach aufgezählten Übereinkünfte.

Seite 88 ff. (VI. Das Beschwerdeverfahren): Vergl. hiezu die Bestimmungen der Verordnung vom 3. November 1910 betr. die Beschwerdeführung in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen.

Seite 162, Note 137: Vergl. nun auch Emil Huber in SchwJZ VI, 137, welcher B 40 nur auf physische Personen beziehen will.

Seite 223 f.: An Stelle der Transportordnung vom 3. Dez. 1894 gilt nun die Vollziehungsverordnung vom 15. November 1910 zum Bundesgesetz betr. das schweiz. Postwesen, Art. 101.

Seite 239: Statt der Transportordnung vom 3. Dez. 1894 gilt nun die Vollziehungsverordnung vom 15. November 1910, Art. 134.

Seite 258, Note 41: Vergl. nun das Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 20. September 1910 betr. die Fortsetzung einer Betreibung, wenn der Rechtsvorschlag durch ein ausserkantonales Urteil beseitigt wurde.

Seite 309, Note 44: Vergl. auch Emil Huber, Die Aberkennungsklage des Art. 83 B und ihre Stellung im Betreibungsprozess; ZschwR NF. XXVII, 25 ff.

Seite 340, 1. Alinea: Regel machen nun das Bundesgesetz vom 5. April 1910 betr. das schweiz. Postwesen, Art. 10, Al. 4, sowie die Vollziehungsverordnung vom 15. November 1910, Art. 4.

Seite 343, 2. Al.: Vergl. nun auch Verordnung vom 10. Mai 1910, Art. 1 und 2.

Seite 350 (VI, Ziff. 1, lit. b): Vergl. nun auch Verordnung vom 10. Mai 1910, Art. 4.

Seite 376, 2. Alinea: Vergl. nun auch Verordnung vom 10. Mai 1910, Art. 10.

Seite 379, 1. Alinea: Vergl. nun auch Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 25. April 1911 betr. den Umfang der Kompetenzen des Betreibungsamtes bei der Verwaltung gepfändeter Liegenschaften.

Seite 384, 1. Alinea: Vergl. nun auch das Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 31. März 1911 betr. die Pfändung und Verwertung von Vermögensobjekten, die dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt verkauft wurden.

Seite 385, Note 10: Vergl. nun auch Verordnung vom 10. Mai 1910, Art. 9.

Seite 411, 2. Alinea: Vergl. nun auch ZGB 229.

Seite 429, 3. Alinea (lit. b): Vergl. nun auch Verordnung vom 10. Mai 1910, Art. 15—20.

Seite 432, 1. Alinea: Gleiche Bemerkung wie zu Seite 384.

Seite 465, 3. Alinea: Hier ist beizufügen: Im Falle der Belastung eines Grundstückes mit einer Dienstbarkeit oder Grundlast ohne Zustimmung des vorgehenden Grundpfandgläubigers hat dieser das Recht, den Aufruf der Liegenschaft sowohl mit als ohne Anzeige der neuen Last zu verlangen. Reicht das Angebot für die Liegenschaft mit der neuen Last zur Befriedigung des Gläubigers nicht aus und erhält dieser ohne die neue Last bessere Deckung, so ist er berechtigt, deren Löschung im Grundbuch zu verlangen. Bleibt nach seiner Deckung ein Überschuss, so ist er in erster Linie bis zur Höhe der Wertung der neuen Last zur Entschädigung des Berechtigten zu verwenden (B 141, Al. 3, ZGBE 60; vergl. auch § 56, II, Ziff. 2, lit. b, bb hienach).

Seite 510, 3. Alinea (Ziff. 1, lit. a): Vergl. Verordnung des Bundesrates vom 25. April 1911 betr. die Viehverpfändung.

Seite 641, 1. Alinea: Vergl. nun Verordnung der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 19. Dezember 1910 betr. die Eintragung der Eigentumsvorbehalte.



Sachregister.

Die grössern Ziffern bezeichnen die Seiten, die kleinern die Noten.

A.

B.

C.

D.

F.



H.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.



V.

W.

Gesetzesregister.

Die Reihenfolge der Erlasse ist in der Weise angeordnet, dass zuerst die Bundesverfassung (BV) und sodann nacheinander das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (B), das Zivilgesetzbuch (ZGB) und das Obligationenrecht (OR) aufgeführt werden. Hiernach folgen in chronologischer Ordnung die übrigen Bundesgesetze und die eidg. Verordnungen; ferner die kantonalen Erlasse und zum Schlusse die Staatsverträge.

Bundesverfassung vom 19. April 1874 (BV).

Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (B).

[1]) Fälschlicherweise als Art. 4 zitiert.
[2]) Fälschlicherweise als Al. 2 zitiert.
[3]) Fälschlicherweise als Al. 3 zitiert.

[1]) Fälschlicherweise als Art. 65, Al. 1 zitiert.

[1] Auf Seite 382 fälschlicherweise mit Al. 1 zitiert.
[2] Auf Seite 383 fälschlicherweise mit Al. 1 zitiert.

[1]) Auf Seite 83 36 fälschlicherweise als 137bis zitiert.

[1]) Auf Seite 477 fälschlicherweise als 241, Al. 2 zitiert.
[2]) Auf S. 520 fälschlicherweise mit Al. 1 zitiert.
[3]) Auf S. 499_{56} fälschlicherweise als Al. 3 zitiert.

[1]) Auf S. 665$_{36}$ fälschlicherweise als Al. 11 zitiert.

[1]) Auf S. 410 fälschlicherweise als 219, Al. 4 zitiert.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB) mit Schlusstitel (ZGBE)

1. ZGB.

2. ZGBE.

Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht (OR) und Bundesgesetz vom 30. März 1911 zur Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ROR).

Übrige bundesrechtliche Erlasse.

Bundesgesetz vom 28. Juni 1889 betr. die Hilfskassen der Eisenbahngesellschaften: 688 26

Bundesgesetz vom 20. Sept. 1890 betr. den Schutz von Fabrik- und Handelsmarken.

Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter.

Bundesgesetz vom 22. März 1893 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG)

Bundesgesetz vom 29. März 1893 betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen.

Bundesgesetz v. 24./28. Juni 1895 betr. die Übertragung der Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen an das Bundesgericht.

Bundesgesetz vom 15. Okt. 1897 über die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen durch den Bund.

Bundesgesetz vom 28. Juni 1901 betreffend die Versicherung der Militärpersonen gegen Krankheit und Unfall.

Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betr. die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen.

Bundesgesetz vom 24. Juni 1904 betreffend die Vermehrung der Zahl der Mitglieder des Bundesgerichtes: 19, 22, 69

Bundesgesetz vom 28. März 1905 betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen und der Post.

Bundesgesetz vom 6. Okt. 1905 über die schweiz. Nationalbank.

[1]) Im Text falsch datiert.

Staatsverträge.

Vertrag zwischen der Schweiz und Spanien über die gegenseitige Vollstreckung von Urteilen oder Erkenntnissen in Zivil- und Handelssachen vom 19. November 1896.

Internationale Uebereinkunft vom 17. Juli 1905/17. März 1909 betr. das Zivilprozessrecht (Haagerkonvention).



LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 104 622 388